PROBLEME DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT NACH GRIECHISCHEM UND DEUTSCHEM RECHT

Demetrios Jiamburas

1962

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545804_0050

PROBLEME DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT NACH GRIECHISCHEM UND DEUTSCHEM RECHT

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Demetrios Jiamburas

München 1962

Charlotte Schön, Druckerei, München 13, Barer Strasse 35, Tel. 22 13 80

Referent: Professor Dr. E. ULMER
Correferent: Professor Dr. M. FERID

Tag der mündlichen Prüfung: 20. 12. 1962
(Schlussberatung)

DEM ANDENKEN

MEINER VERSTORBENEN MUTTER UND MEINES VERSTORBENEN BRUDERS

MEINEM LIEBEN VATER

IN DANKBARER VEREHRUNG

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

1. KAPITEL: Geschichte, Begriff und wirtschaftliche Bedeutung

I. Geschichte 1

II. Begriff 4

1) Die oHG als Gesellschaft 4

2) Der gemeinschaftliche Zweck 6
a) Gemeinschaftlichkeit des Zweckes 6
b) Der Zweck 9

3) Die gemeinschaftliche Firma 11

4) Art und Umfang der Haftung 15

III. Wirtschaftliche Bedeutung 17

2. KAPITEL: Die Gesellschafter der oHG

I. Allgemeines 19

II. Physische Personen 19

1) Minderjährige 19

2) Die Ehefrau 23

III. Juristische Personen 26

IV. Die oHG als Gesellschafterin einer anderen oHG 28

V. Sonstige Personenverbände 30

3. KAPITEL: Rechtsnatur der oHG

I. Geschichte 33

II. Rechtsnatur 39

1) Deutsches Recht 39

Seite

a) Personenrechtlicher Verband 39
b) Gesamthandgemeinschaft 40

2) Griechisches Recht 44

4. KAPITEL: Der Gesellschaftsvertrag und seine Mängel

1) Grundsatz der Vertragsfreiheit 48

2) Form des Vertrages 48

3) Rechtsnatur 51
a) Rechtsgeschäft 51
b) Schuldrechtlicher Vertrag 52
c) Gegenseitiger Vertrag 53

4) Mängel des Gesellschaftsvertrages 66
a) Die Mängel 66
b) Wirkungen 74
1. Faktische Gesellschaft 74
2. Scheingesellschaft 91

LITERATURVERZEICHNIS 103

1. KAPITEL
DIE OFFENE HANDELSGESELLSCHAFT
Geschichte, Begriff und wirtschaftliche Bedeutung

I. GESCHICHTE

Die wohl älteste Gesellschaftsform ist die Gelegenheitssozietät zu Spekulationszwecken: Ein Kapitalist gibt einen Posten Waren oder auch Geld an einen Unternehmer, der in die Ferne zieht, um das Anvertraute gewinnbringend zu verwerten, entweder die Ware zu verkaufen oder Waren einzukaufen. Der Gewinn wird nach der Rückkehr verteilt. Diese Form der Gesellschaft (in den romanischen Ländern "commenda" genannt) lässt sich bis zu den Zeiten Hammurabis zurückverfolgen (1).

Die dauernde, auf ein Handelsgewerbe gerichtete Sozietät findet sich in Deutschland erst Ausgang des 14. Jahrhunderts. Der Kaufmannsstand blüht auf und organisiert sich; das führt zur Trennung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht (2), eine Entwicklung, die im Code de Commerce zum ersten Mal konsequenten Niederschlag findet. In dieser Zeit ergab sich auch die Differenzierung zwischen den verschiedenen Handelsgesellschaften (3).

---

(1) J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 1955, S. 175.

(2) Thr. Petimezas, Handelsrecht, Bd. I, 1, Athen 1929, S. 11 ff. (statuta mercatorum) und in Deutschland die Stadtrechte s. Friedrich Gustav Adolf Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters, Breslau, 1883, S. 2. Hil. Anastassiadis, Handelsrecht, Bd. I, 4. A, Athen, 1937 S. 80 ff.

(3) Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, I, S. 255 - 271. Gustav Schmoller, Die Handelsgesellschaften des Mittelalters und der Renaissancezeit, in Jahrb. für Gesetzgeb. XVII, 1893, S. 380 ff. Fr. Schmidt, Handelsgesellschaften. Die Form der oHG findet sich nach herrschender Lehre, wie bereits gesagt, besonders in den italienischen Handelsstädten (Gegenmeinung s. Pappenheim, Altnordische Handelsgesellschaften, Zeitschrift für Handelsrecht, 1889, § 6). Die römisch-griechische societas einerseits und die alte Gesamthand andererseits führen zur Gesellschaftsform der oHG (vgl. O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, Berlin, 1887, S. 357[3]. Derselbe, Genossenschaftsrecht, Bd. I, S. 965 ff.). Weiss, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, Stuttgart, 1889, und die obengenannten Autoren. In Italien bildet sich diese Gesellschaftsform (oHG) seit dem 13. Jahrhundert als comgagnia. Compagnia bedeutet: umtischen, d. h. um mitzuessen (cum = mit, pagni = panis = Brot), da die socii am selben Tisch assen. Das bedeutendste Kennzeichen dieser Gesellschaftsform gegenüber den bisherigen Gesellschaftstypen ist, dass bei

An der Spitze stand von Anfang an die offene Handelsgesellschaft (4). Sie war die damals gebräuchlichste Gesellschaftsform (der älteste deutsche Gesellschaftsvertrag, der heute noch erhalten ist, stammt von den Gebrüdern Ulrich, Georg und Jakob Fugger, Augsburg, 1494, abgedruckt bei M. Jansen (5).

Die erste gesetzliche Regelung findet sich in den deutschen Stadtrechtsformationen (Nürnberger Stadtrechtsformation von 1497). Die Kodifikationen des gesamten Rechts der Handelsgesellschaften gehören der Neuzeit an. Besonders im französischen Recht bemühte man sich um eine theoretische Klärung. Man bezeichnete die oHG zuerst als "societé générale (6) und dann als societé ordinaire (7) oder libre. Der Code de Commerce (8) Napoleons I. von 1807 erweiterte und verbesserte dann in einigen Punkten die in der Handelsordonnanz Ludwigs XIV. getroffenen Bestimmungen der oHG. Trotz der vorbildlichen Fassung dieses Gesetzes ist die in Artikel 20 enthaltene Definition der oHG unvollkommen. Das charakteristische Merkmal der oHG,

---

(3) Fortsetzung:
ihr bereits alle wesentlichen Elemente der modernen oHG zu treffen sind. Karavas aaO., S. 73. Lattes, Legistatione-staturio ect., S. 168 und Fussnote 68. Diese Blütezeit des Handels kann man mit der des Altertums vergleichen. G. Schmoller aaO., S. 360 ff. und 362 ff.

(4) G. Schmoller aaO., S. 383 ff. Fr. Schmidt aaO., S. 2 und 3 - 36.

(5) M. Jansen, Jakob Fugger der Reiche, 1910, S. 263 ff.

(6) Es ist die Ordonnanz Ludwigs XIV "sur le commerce des négotians et marchands" von 1673, die die oHG geregelt hat. Vgl. Karavas aaO., S. 73. H. Steiner aaO. S. 5.

(7) Petrizi aaO., Bd. II, § 271, S. 7. Toubeau, Droit consolaire, Bd. II, S. 91.

(8) Dieses Gesetz ist von griechischer Seite mehr bedeutungsvoll, da es das endgültige Handelsrecht Griechenlands seit der Befreiung vom türkischen Joch ist. Vgl. Georg Ludw. Maurer, Das griechische Volk, Heidelberg, 1835, I, § 48, S. 164 ff. § 217, S. 538 ff. und II § 439, S. 481 ff., § 367, S. 335. K. Triantapyllopulos, Das griechische Privatrecht seit dem 18. Jahrhundert (Sonderdruck von 3 Bd. "Wissenschaften" des altgriechischen Albums des nationalen Jahrhunderts) S. 10 und 17. Maurogordatos, Handbuch der griechischen Handelsgesetzgebung, Athen, 1838, I, S. 2 (Vorwort). Th. Petimezas, Handelsrecht, Bd. I, 1, Athen, 1929, S. 36 ff. Hil. Anastassiadis, Handelsrecht, Bd. I, 4. Aufl., Athen, 1937, S. 80 ff. und alle übrigen Autoren, die sich mit diesem Thema beschäftigen, haben sich bemüht zu beweisen, dass vor und nach der Befreiung Griechenlands von allen Nationalversammlungen Epidauros-Astrus-Trisinos und die Verordnung vom 23. Februar/7. März 1835 Nr. 152 z. Z. König Ottos der Code de Commerce als geltendes Recht anerkannt war, und dass in dem Bewusstsein der Zeit der einheitliche Charakter der griechischen Handelssitte stets lebendig geblieben war, die trotz dem Code de Commerce weiterlebte.

die unmittelbare, persönliche und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, findet sich erst in Artikel 22.

Durch die Kombination beider Artikel bildet sich der Begriff der oHG heraus.

In Deutschland wurde die oHG zum ersten Mal ausführlich im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch geregelt, das auf Anregung Bayerns vom deutschen Bundestag am 31. Mai 1861 beschlossen, anschliessend von den meisten Einzelstaaten durch Einführungsgesetze übernommen, 1869 zum Gesetz des Norddeutschen Bundes und später zum Reichsgesetz erklärt wurde. Die Bestimmungen der oHG nach ADHGB finden wir in Art. 85 mit einer Ergänzung über die Haftung in Art. 112 (9). Die in ihr enthaltene Definition der oHG verbessert und verbreitert die Regelung des Code de Commerce.

Im griechischen Handelsgesetzbuch (EN) ist die oHG in Art. 18 - 64 geregelt, und nach dem allgemeinen Prinzip finden die Vorschriften des Zivilgesetzes (AK) (10)

---

(9) Die deutsche Rechtswissenschaft sagt dazu, dass § 85 eine positive Bestimmung ist und § 112 eine negative: siehe Endemann, Das deutsche Handelsrecht, Heidelberg, 1886, § 35, Bd. I, Fussnote 1.

(10) Wie schon über das Handelsrecht ausgeführt wurde, kann man von gleichem geschichtlichem Grund sprechen, dass nach Beginn des Befreiungskampfes Griechenlands im Jahre 1821 das byzantinische Recht der byzantinischen Kaiser, das in Hexabiblos von Harmenopulos enthalten ist, als gültiges Recht von allen Nationalversammlungen anerkannt wurde. Vgl. dazu die Literatur. Dem. Gogos, Das Zivilgesetzbuch von Griechenland, 1940, Tübingen, 1951, Einleitung, Zachariä von Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 3. Aufl., Berlin, 1892, S. 47; derselbe "Anecdota", Leipzig, 1843, S. XXI. Petropulos, Geschichte und Eingebungen des römischen Rechts, Athen, 1944, S. 265 ff. G. Maridakis, Harmenopulos und Taktik des Rechts, in Festschrift zum 600jährigen Jubiläum des Hexabiblos des Harmenopulos, Bd. 6, 1952, S. 89 ff. Dem. Ginis über die Übersetzung der Hexabiblos des Harmenopulos von A. Spanos in Festschrift zum 600jährigen Jubiläum der Hexabiblos des Harmenopulos (ἐπιστιμονική ἐπετηρίς) Bd. 6, 1952), S. 173 ff. Wolfgang Kunkel, Römische Rechtsgeschichte, Köln, 1952, S. 124. Petropulos, Der griechische Beitrag zur Forschung des Rechts, Athen, 1945; auf die dort angeführte Literatur wird verwiesen. Alle oben genannten Autoren, insbesondere Zachariä aaO., Maridakis, Die Klage, Savignis Zeitschrift Bd. 49, 1929, S. 518 ff. Petropulos, Geschichte des griechischen Rechts bis 1821 in der grossen griechischen Enzyklopädie, 1934, S. 219 - 283 sind der Auffassung, dass "die Forschung zum byzantinischen Rechte innerhalb der byzantinischen Studien einen vernachlässigten Zweig bildet" und dass Harmenopulos hauptsächlich die Basiliken zum Vorbild für sein Werk genommen hat, die im Westen unbekannt waren, weil (graeca sunt non leguntur) dort

hilfsweise Anwendung (11). Die in Art. 20 enthaltene Begriffsbestimmung ist ähnlich unvollkommen (12) wie die im Code de Commerce. Sie wird durch Art. 22 ergänzt. Sie heisst Omorrhythmos Gesellschaft. Omorrhythmos, weil alle Gesellschafter im gleichen Rhythmus treten sollen (Petrizi aaO., Bd. II, S. 9).

II. BEGRIFF

Trotz verschiedenartiger Definitionen stimmt das griechische Recht mit dem deutschen in den wesentlichen Kriterien überein. Gem. § 105 HGB versteht man nach deutschem Recht unter einer oHG eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, und bei welcher die Gesellschafter unbeschränkt persönlich den Gesellschaftsgläubigern gegenüber haften. Diese Definition enthält folgende Elemente:

1) Die oHG ist eine Gesellschaft,
2) der gemeinschaftliche Zweck der Gesellschaft muss der Betrieb eines Handelsgewerbes sein (hier weicht das griechische Recht ab, s. unten),
3) die Gesellschaft muss unter einer gemeinschaftlichen Firma betrieben werden,
4) die persönliche Haftung der Gesellschafter darf nicht beschränkt sein.

1) Die oHG als Gesellschaft

Weder das HGB, noch Art. 20 gr. EN bestimmen, was eine "Gesellschaft" ist. Es wird verwiesen auf die Definitionen der § 705 BGB und Art. 741 AK. Hiernach lässt sich sagen: Eine Gesellschaft ist eine Vereinigung, bei der sich die Beteiligten ge-

---

(10) Fortsetzung:
die "glossa ordinaria" des Accursius galt. Maridakis aaO., Klage, SZ 49, S. 518; derselbe, Harmenopulos und Technik des Rechts, aaO., S. 96 ff. und 97[21]. Dieses Recht, insbesondere das Schuldrecht, das für unsere Untersuchungsthese grosse Bedeutung hat, ist heutzutage, seit der Kodifikation des griechischen Zivilrechts, 1940, und der Verordnung mit Gesetzeskraft vom 7./10. Mai 1946 "über Wiederherstellung des Zivilgesetzbuches und seines Einführungsgesetzes" (Reg. B. 1946, I, S. 761), mittelbar oder unmittelbar das endgültige Zivilrecht, weil vor jeder neuen Kodifikation der jeweilige Gesetzgeber das alte Recht und die endgültige Sitte nicht übersehen konnte, wie es der alte griech. Philosoph sagt: "Τοῖς μέν νόμοις παλαιοῖς χρῶ, τοῖς δ' ὄψοις προσφάτοις " Vgl. Denkschrift von G. Balis zum AK.

(11) Petrizi aaO., Bd. II, S. 4. Tzirindanis aaO., Bd. II, Gesellschaften, § 64, S. 18. Karavas aaO., S. 45 (über juristische Personen Art. 62 - 77 AK und 741 - 783, 784 AK) über bürgerliche Gesellschaften.

(12) Petrizi aaO., Bd. II, S. 2.

genseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen (insbesondere eines wirtschaftlichen) Zweckes in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu fördern (13).

Der Begriff der Gesellschaft beruht somit auf der römisch-griechischen societas, wie sie sich im späteren Code Civil wiederspiegelt.

Grundvoraussetzung für die Errichtung einer oHG ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages (14). Ohne einen Vertrag kann niemals eine oHG entstehen.

Eine Gemeinschaft, die auf einer anderen Grundlage beruht (z.B. eine Güter- oder Erbengemeinschaft) ist keine oHG. Auch eine bloss tatsächliche Gemeinschaft genügt nicht (15).

Die langjährige Fortführung eines vererbten Unternehmens durch einen Verband stellt allein noch keine oHG dar (16). Dagegen entsteht eine oHG, sobald diese

---

(13) Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaften, Berlin, 1951, S. 2, und Gesellschaftsrecht, Berlin-München, 1959, S. 51, Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II (bes. Teil) München-Berlin, 1960, § 56 S. 236. Karavas aaO., Bd. II, § 14, S. 15. Petrizi aaO., Bd. I, § 23, S. 22, siehe auch Art. 741 AK bei Gogos aaO.

(14) Hueck aaO., S. 2 und Gesellschaftsrecht, S. 51. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II (bes. Teil), München-Berlin, 1960, § 56, S. 236. K. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., Bd. I, 1, Berlin-Leipzig, 1921, § 45, 3, S. 233. K. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 8. Aufl., Stuttgart, 1920, S. 461 und 109. Hil. Anastassiadis, Griechisches Handelsrecht, Bd. I, § 67, S. 245.

(15) Hueck aaO., S. 2 und Fussnote 2. Lehmann aaO., S. 233 und Fussnote 1. Palandt, Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 18. Aufl., München-Berlin, 1959, § 705, 1 a. Petrizi aaO., Bd. I, § 25, S. 24. P. 17, 2. B. 12. 1. 31. Die Ansichten stimmen insoweit überein, dass die oHG sich von den rechtsfähigen oder nicht rechtsfähigen Körperschaften des Bürgerlichen Rechts unterscheidet, insbesondere von rechtsfähigen oder nicht rechtsfähigen Vereinen. Sehr bestritten ist hingegen, ob der nicht rechtsfähige Verein (§ 54 d. BGB und Art. 107 gr. AK) eine Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts sei. Die deutsche herrschende Meinung (O. Gierke im Arch. Bürg. R. 19, 136 und RG 43, 213) bejaht das. Auch die griechische Ansicht ist zu der Meinung gekommen, dass der nicht rechtsfähige Verein eine Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts ist, bei dem die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts über Gesellschaften Anwendung finden (herrschende Ansicht Kaukas, Kommentar des Schuldrechts, Art. 741, S. 35). Karavas aaO., Bd. II, S. 16/10). Lehmann aaO., S. 233 (1).

(16) Hueck aaO., S. 2 (4) BGH in NJW 1951, S. 312. Bay. ObLG in JW 1931, S. 3129, RGZ 35, 18.

Gemeinschaft eine gesellschaftliche Grundlage erhält, was auch durch eine stillschweigende Einigung der Erben geschehen kann (17).

Über die "faktische Gesellschaft" s. unten S. 74.

2) Der gemeinschaftliche Zweck

a) Gemeinschaftlichkeit des Zweckes

Die Gesellschafter verpflichten sich, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes (18) in der durch den Vertrag bestimmten Weise gemeinsam zu fördern. Ohne Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes kann niemals eine Gesellschaft entstehen (19).

Hinsichtlich der Gemeinsamkeit des Zweckes bei der oHG ist vieles umstritten, besonders im deutschen Recht. Viele meinen, dass ein gemeinsamer Zweck im Sinne des § 105 HGB vur vorliegt, wenn der erzielte Gewinn tatsächlich allen Gesellschaftern zufliesst (20). Andere behaupten, es käme lediglich darauf an, ob

---

(17) Der stillschweigende Abschluss eines Gesellschaftsvertrages wird regelmässig bei tatsächlicher Ausübung eines Gewerbebetriebes durch mehrere Beteiligte unter gemeinsamer Firma und in der Anmeldung zum Handelsregister vermutet (vgl. Hueck aaO., S. 2). Anastassiadis aaO., S. 245. Leipzig. Zeitschrift 1922, 686. Aber eine solche Vermutung führt meistens zu Schwierigkeiten. Das gibt häufig innerhalb einer sog. Familien-oHG, wo Veränderungen in wirtschaftlichen Verhältnissen auch Veränderungen in den gegenseitigen persönlichen Beziehungen zur Folge haben. Jeder will sein Recht, das auch ohne diese Schwierigkeiten, die meistens zu einem Familienstreit führen, nicht klar festzustellen ist. Bei solchen Fällen, in welchen die Unklarheiten sehr häufig sind, kann man vermuten, dass eine ausdrückliche Willensübereinstimmung aller Gesellschafter über die nötigen Merkmale zur Fortführung des Erwerbsunternehmens von vornherein nötig ist; dies ist zu entnehmen § 109 HGB und Art. 39, 40, 41 gr. EN; ferner Art. 85 ADHGB, vgl. RGZ 35, 17).

(18) Hueck aaO., S. 2 b. Karavas aaO., §§ 192 - 193, S. 192/3 ff. Larenz aaO., Bd. II, § 56 a, S. 236 ff. Palandt aaO., § 705, 4. Anastassiadis aaO., § 66.

(19) §§ 705, 726 BGB, Art. 741, 748, bes. 772 AK, die bestimmen, dass, wenn die Erreichung des Zweckes stattgefunden hat oder unmöglich geworden ist, die Auflösung der Gesellschaft erfolgt. Vgl. Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, Frankfurt/Main, 1955, § 105 b. Karavas aaO., Bd. II, S. 193. O. Weipert, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, Berlin, 1942, § 105, Anm. 9.

(20) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12 - 13. Aufl., 1926, § 105, Anm., 3, 4 und 11. Weipert, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, Berlin, 1942, § 105, Anm. 9. Wieland, Handelsrecht, Bd. I, München

der gemeinschaftliche Zweck allgemein auf Gewinnerzielung gerichtet sei; es sei gleichgültig, für wen und für was der Gewinn dann verwendet würde, ob für alle Gesellschafter, für einzelne oder gar Dritte (21). Die wohl h. Lehre verlangt Gewinnbeteiligung aller Gesellschafter; wenn das Gesetz fordert, dass der Zweck des Zusammenschlusses auf gemeinschaftliche Gewinnerzielung gerichtet sein soll, dann will es auch die Gewinnbeteiligung aller.

Für das griechische Recht ist die Streitfrage durch Art. 764 Abs. I AK entschieden: "Eine Vereinbarung, wonach einer der Gesellschafter vom Gewinn ausgeschlossen wurde oder vom Verlust befreit wird, ist nichtig."

Darin wird deutlich, dass der griechische Gesetzgeber die deutsche, französische und griechische herrschende Lehre übernommen hat, die dem Bewusstsein des griechischen Volkes entspricht und zur Anerkennung der alten griechischen Ansichten führt.

---

(20) Fortsetzung:
Leipzig, 1921, S. 462. RG in JW 1930, 2655. RG 73, 287. RG in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, 51, 975. Anastassiadis aaO., § 67, S. 247. Petrizi aaO., Bd. I, § 29, S. 26 und die von ihm angeführten Beispiele: 1) Ulpianus, der sich dafür entscheidet, dass das Rechtsverhältnis zwischen zwei Nachbarn, die durch Vertrag einig waren, dass jeder die eigene Kuh in die Gesellschaft bringen sollte, um ein Gespann zu schaffen und dass jeder von ihnen den Gewinn aus diesem Gespann für 10 Tage geniessen durfte, keine Gesellschaft ist, bei der nicht die actio pro socio sondern die actio praescriptis verbis verwendet werden konnte, weil hier kein gemeinsamer Zweck vorliege. Vgl. P. 19, 1. B. 20, 4, 17, Bd. 21 und 2) die Entscheidung des Kassationsgerichts vom 4. Juli 1826. Das französische Kassationsgericht hat entschieden, dass der Gesellschaftsvertrag, in dem die Beteiligten beschlossen haben, den gemeinsamen Betrag von 2000 Fr. in die Gesellschaft einzubringen und den erzielten Gewinn jeder für drei Monate geniessen sollte, keine Gesellschaft begründet. Die neuere französische Lehre hat daran festgehalten, vgl. Pic N. 51 und die Anm. 1 und 2, angeführte Literatur, weiter Wieland, aaO., S. 462 und Hémard Nr. 26 und Nr. 172.
Aus dem Obengesagten ergibt sich, dass zur Entstehung der oHG zur Voraussetzung des gemeinschaftlichen Zweckes die gemeinschaftliche Gewinnerzielung hat.

(21) Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Recht, Bd. I, 2. Aufl., 1914, § 105, Anm. 6. Schlegelberger aaO., Anm. 6 zum § 105. Hueck aaO., S. 2 und Gesellschaftsrecht, S. 22, 3, die annehmen, dass der gemeinsame Zweck auch darin bestehen kann, dass er den Vorteil dritter Personen betrifft.

Weiterhin ist allgemein von Lehre und Praxis (22) anerkannt, dass jede Klausel, die mittelbar oder unmittelbar den Schluss auf eine societas leonina (23) zulässt, ungültig sein muss. Die Ungültigkeit beschränkt sich aber, wie Wieland von deutscher Seite aus meint, nur auf denjenigen Gesellschafter, der vom Gewinn oder Verlust ausgeschlossen ist. Nach Heilung der Ungültigkeit musste der erzielte Gewinn zwischen allen Gesellschaftern zu gleichen Teilen verteilt werden gemäss den Vorschriften des Art. 763 AK.

Die deutsche Gegenmeinungen (24) der obengenannten herrschenden Lehre stimmen darin überein, dass eine oHG bestehen kann, wenn ein Gesellschafter auf Gewinnbeteiligung verzichtet oder davon ausgeschlossen ist, ohne gleichzeitig den gemeinsamen Zweck zu verändern.

Weiteres von griechischer Seite über die erlaubten und unerlaubten Klauseln zur Vertragsschliessung siehe Karavas und Kaukas (25). Von deutscher Seite ist allgemein anerkannt, dass in einer oHG gültig vereinbart werden kann, dass nicht Gesellschafter am Verlust beteiligt sind (26). Von griechischer Seite hat dies nach der Einführung des AK keine praktische Bedeutung. Frühere Ansichten siehe bei Petrizi (27).

Die Förderung des gemeinsamen Zweckes bedeutet insbesondere, dass jeder Gesellschafter verpflichtet ist, die vereinbarten Beiträge zu leisten (28). In erster Linie dienen die Leistungen der Gesellschafter dazu, ein gesellschaftliches Sondervermögen zu bilden. Es ist nicht nötig, dass die Beiträge in Kapitalleistungen be-

---

(22) Karavas aaO., S. 217. Kaukas aaO., Art. 764 (2). Zepos, Schuldrecht, Bd. B, S. 500. Apostolidis, Schuldrecht, Bd. B, Art. 764, S. 219 ff.

(23) d.h. eine Gesellschaft, bei der nicht alle Gesellschafter am Gewinn beteiligt sind.

(24) Dernburg, BGB (Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Rechts und Preussens, Bd. II, Halle aG, 1901, § 362, S. 549. Schlegelberger, Anm. 6 d zu § 105. H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, 1949, Berlin-Frankfurt, S. 85. RG in JW 1915, S. 1428[3]. Hueck aaO., S. 2, der dagegen auf S. 3 mit Recht sagt: "Natürlich ist aber eine Vereinbarung, dass ein Gesellschafter keinen Anteil am Gewinn haben soll, bei einer oHG etwas Ungewöhnliches."

(25) Karavas aaO., § 230/1. 224 ff. Kaukas, Schuldrecht, Bd. B Art. 764.

(26) Hueck aaO., S. 4 und die von ihm in Fussnote 11 angeführte Literatur.

(27) Petrizi aaO., §§ 130 - 134. Die meisten von ihnen gelten noch heute.

(28) Hueck aaO., S. 4. Schlegelberger zu § 105, Anm. 1. C. Weipert aaO., zu § 105, Anm. Palandt aaO., zu § 705, C. und 706. Larenz aaO., Bd. II § 56, I a, S. 244. Petrizi aaO., Bd. I, § 28 a, S. 25. Karavas aaO., §§ 200 - 218. Kaukas aaO., zu Art. 741 und 742. Balis aaO., Allgem. Teil, S. 180.

stehen. Es kann nach römischem Ausdruck "Dare-facere-prestare" sein. Ein Beitrag liegt auch darin, dass ein Gesellschafter einen Kredit zur Verfügung stellt oder sonstige Leistungen erbringt (29). Ein Regierungskredit ist jedoch keine Leistung. Die Art und die Höhe der vertragsmässigen Leistungen kann für den einen oder anderen Gesellschafter verschieden sein (30).

b) Der Zweck

aa) Nach deutschem Recht kann von einer oHG nur dann gesprochen werden, wenn der "Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist", § 105 HGB. Es ist hier nicht unsere Aufgabe, den Begriff "Handelsgewerbe" näher zu erläutern; wir verweisen auf §§ 1 ff. HGB (31) und Art. 2 und 3 ver VO vom 2. / 14. Mai 1835 (32), welche die Art. 632 und 633 des Code de Commerce ersetzt haben.

bb) Das griechische Handelsrecht ist von dem sog. "objektiven System" beherrscht: Anknüpfungspunkt ist nicht die Person wie im deutschen Recht (33), sondern die Art und Weise des Handelns (34). So verlangt der griechische Gesetzgeber in Art. 20 EN als Voraussetzung einer oHG, dass der Zweck des Zusammenschlusses die "Ausübung eines Handelsbetriebes" unter gemeinschaftlicher Firma ist.

Was hier unter "Betrieb" zu verstehen ist, darüber gehen die Ansichten auseinander. Die einen (35) behaupten: Betrieb ist ökonomische Organisation. Petimezas (36) meint, "Betrieb" sei ein zusammengesetztes Verhältnis von mehreren Tätigkeiten, deren Ausübung auf einer Organisation beruht. Damaskinos (37) bleibt bei der Organisation nicht stehen; er verlangt eine "gewerbsmässige" Organisation des Betrie-

---

(29) Petrizi aaO., § 28 a. Hueck aaO., S. 4. Vgl. D. 17, 2, 31 (Ulpinius) und B. 12, 1, 31.

(30) Larenz aaO., S. 244, Balis aaO., § 180, in f. B. 12, I, 5, 6, 9, "Καί οὐ πάντως ἴσα μέρη ὁριζονται" und "B. 12. 1. 83 τοῦ μέν ἑνός χρήματα συνεισφέροντος τοῦ δέ ἑτέρου σπουδήν)." Ob die blosse Übernahme der Schuldnerhaftung nach aussen von einem Gesellschafter als Beitrag genügt, siehe RGZ 37, 61. Wieland, S. 454 und Hueck aaO., S. 4. Ohne Beiträge ist eine Gesellschaft sinnlos. Vgl. Art. 43 EN und 741, 745 AK, § 705 BGB.

(31) Hueck aaO., S. 5. Lehmann aaO., § 13, S. 43 ff. Ehrenberg, Hdb. 2, S. 24 ff. Wieland aaO., § 9, S. 59 ff.

(32) Tzirindanis aaO., Bd. I, § 14, S. 36 und § 24, S. 55 ff.

(33) Lehmann aaO., § 6, S. 25.

(34) Tzirindanis aaO., § 14, S. 36.

(35) Thr. Petimezas aaO., S. 270. Damaskinos aaO., S. 230, 234 ff.

(36) aaO., S. 310.

(37) aaO., S. 230, 234 ff.

bes. Eine andere Meinung, die in der Literatur grossen Anklang gefunden hat (38), möchte "Betrieb" mit "Geschäft" gleichsetzen. Ein einzelnes Kommissions- oder Maklergeschäft könne bereits ein "Betrieb" im Sinne des Gesetzes sein. Man wird Tzirindanis (39) recht geben müssen, dass diese Begriffsbestimmung zu weit geht. Es muss das "Geschäft" wenigstens sämtliche Merkmale der Warenvermittlung zwischen Produktion und Konsum besitzen, damit man es als "Handelsbetrieb" nach Art. 20 EN ansehen kann.

cc) Allgemein anerkannt ist, dass der Zweck einer oHG nicht auf den Betrieb einer Land- oder Forstwirtschaft gerichtet sein darf (§ 3 Abs. 1 HGB und Art. 8 Abs. 1 griechische VO vom 2./14. Mai 1835) (40). Bauern, die sich zusammenschliessen, um ihre Landwirtschaft gemeinschaftlich zu betreiben, können allenfalls eine BGB-Gesellschaft gründen, aber keine oHG. Dagegen ist es zulässig, sog. landwirtschaftliche Nebenbetriebe in Form einer oHG zu führen, § 3 Abs. 2 HGB.

dd) Der deutsche Gesetzgeber unterscheidet scharf zwischen Minder- und Vollkaufmann. Gem. § 4 Abs. 2 HGB kann niemals eine oHG gebildet werden, um ein minderkaufmännisches Unternehmen zu betreiben (41).

Der griechische Gesetzgeber kennt diesen Unterschied nicht (42). Aber Lastenträger und ambulante Obstverkäufer können sich nicht zu einer oHG zusammenschliessen (43). Ein Kleingewerbebetrieb, in welchem die körperlichen Arbeiten nicht überwiegen, kann Gegenstand einer oHG sein (44).

---

(38) Anastassiadis aaO., §§ 16 - 20, besonders § 19 S. 107 und die von ihm angeführte Literatur zur Unterstützung seiner Theorie, insbesondere Rocco Nr. 50, S. 220. Vivante Bd. I, 1922, Nr. 38. Escarra, Principes, 1934, Nr. 116. Siehe auch Anastassiadis über den Begriff Betrieb, Klassische wissenschaftliche Irrungen, Athen, 1911, S. 6 - 12.

(39) aaO., Bd. I (Handelsgeschäfte-Kaufleute, Universitätsvorlesungen) § 24 S. 55 ff.

(40) Hueck aaO., S. 5. Lehmann aaO., S. 56, II. Tzirindanis aaO., Bd. I, § 17, S. 42.

(41) §§ 1 - 4 HGB. Lehmann aaO., S. 46 und ferner §§ 14, 15, 16, S. 50 ff. Vgl. dagegen ADHGB Art. 271, 272, wo eine Art von Handelsgewerbe galt. Staub 10, A, Anm. 31. Über Kleingewerbe vgl. RG in Entsch. FG. 2, 131 ff.

(42) Art. 1 EN "Kaufleute sind Personen, welche Handelsgeschäfte tätigen und hauptberuflich Handel betreiben." Tzirindanis aaO., § 33, S. 73. Vgl. den entsprechenden Art. des Code de Commerce, der bestimmt: Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle."

(43) Tzirindanis aaO., S. 74/75. Anastassiadis aaO., § 27 S. 127 ff.

(44) Tzirindanis aaO., S. 75.

ee) Wenn die Gesellschaft nur zum Schein gegründet wurde, siehe unten S. 91 ff.

3) Die gemeinschaftliche Firma (45)

Als Vollkaufmann oder als Kaufmann ist jede oHG berechtigt und verpflichtet, eine gemeinschaftliche Firma zu führen (46). In der geschichtlichen Entwicklung begegnen wir zunächst der Firma als eigentümlichen Rechtsinstitut bei Handelsgesellschaften des Handelsgesellschaftsrechts unter der Bezeichnung: signum societatis (47). Heutzutage ist "Firma" der Handelsname (nomen sociale), unter dem jede Gesellschaft im Rechtsverkehr auftritt (48). Träger des Firmenrechts sind nach deutschem Recht sämtliche Gesellschafter, dagegen nach griechischem die Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als juristische Person (49).

Die Firma der oHG soll entweder wenigstens den bürgerlichen Namen eines Teils der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz (z. B. & Co.) oder die bürgerlichen Namen aller Gesellschafter enthalten (50). Die Hinzufügung der Vornamen ist nicht nötig, im Gegensatz zur Firma des Einzelkaufmanns. Falls sie aber beigefügt werden, so genügt die abgekürzte Form (51). Bei Ausgestaltung der neuen Firmen ist der Sinn des Gesetzes, die Sicherung des Publikums durch das beherrschende Prinzip der Firmenwahrheit (52) zu gewährleisten. In dieser Hinsicht ist zu betonen, dass täuschende Zusätze, die Irrtümer über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Gesellschaftsverhältnisse herbeiführen können, unerlaubt sind (53). Bei einem bekannten Namensvetter ist

---

(45) Hueck, Das Recht der oHG, § 1, 3, S. 7 ff., derselbe, Gesellschaftsrecht, S. 52. Gierke aaO., § 32, III, S. 192 ff. Cosack aaO., S. 462 II und allgemein S. 51 ff. K. Lehmann aaO., § 30, 5, S. 114. Das Recht des kaufmännischen Namens, und besonders § 45, I[5], S. 234. Wieland aaO., § 18 ff. Petrizi aaO., Bd. I, § 65 - 68, Bd. II § 274. Tzirindanis aaO., Bd. I, § 40, Bd. II, §§ 73, 74. Anastassiadis aaO., §§ 62 - 6, 4 und besonders § 70, S. 253 ff.

(46) Hueck aaO., Das Recht der oHG, § 1, 3, S. 7. Tzirindanis aaO., Bd. II, S. 54.

(47) Lehmann aaO., § 30, 2 (5).

(48) Cosack aaO., § 19, S. 51. Petrizi aaO., Bd. II § 274 S. 12.

(49) Lehmann aaO., § 30, 3. Anastassiadis aaO., § 62, 2. Fussnote 14, S. 191.

(50) Gierke aaO., S. 192. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 74, S. 54/55.

(51) § 19, Abs. 3 HGB. Lehmann aaO., § 30, 5 b, S. 117.

(52) Cosack aaO., § 19 III, 1 a, § 18 HGB. Im Vergleich mit § 30 HGB. Tzirindanis Bd. II, § 74 II. Anastassiadis aaO., § 62, 2. Es ist zu bemerken, dass eine analoge Bestimmung im griechischen Recht (Gesetz Nr. 184 im Geltung 1914) fehlt, aber es ergibt sich aus dem Sinn des Art. 21 EN.

(53) Gierke aaO., § 32 III, 1. Tzirindanis Bd. I, § 40 IV γ, S. 92 und Bd. II, S. 55 und Art. 58 Gesetz Nr. 184 in Geltung vom 26. /29. März 1914 über Industrie- und Handelskammer, Lehmann aaO., S. 30, 5 und § 18, Abs. 2 HGB.

ein nach Möglichkeit unterscheidender Zusatz zu machen (54). Lediglich bei erworbener oder abgeleiteter Firma kann ausnahmsweise eine unwahre Firma geführt werden (55). Für die Übernahme einer oHG gibt es im Handelsverkehr verschiedene Gründe (56). In solchen Fällen tritt das Wahrheitsprinzip hinter das Prinzip der Firmenfortdauer zurück. Der Erwerber darf die bisherige Firma mit oder ohne Zusatz fortführen (57). Voraussetzung für diese Fortführung ist die von vornherein erteilte Einwilligung der bisherigen Gesellschafter oder in dem Falle des Todes die der Erben (58). Es ist allgemein nach deutschem Recht anerkannt, dass die Firma nicht ohne das Unternehmen, für welches sie geführt wird, übertragen oder vererbt werden kann (59). Die Frage, ob die Firma im engeren Sinne essentielle Voraussetzung der Errichtung einer oHG ist, findet im griechischen und deutschen Recht eine verschiedene Antwort.

aa) Die deutsche Lehre ist zum Ergebnis gekommen, dass, wenn eine Gesellschaft überhaupt keine Firma führt, es sich um eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts handelt (60).

bb) Dagegen sind sich die griechischen Autoren (61) - aufgrund französischer Einflüsse - darin einig, dass die Existenz der Firma natürliches und nicht essentielles Merkmal der oHG ist. Sie stimmen mit Lyon-Caen et Renault überein: "L'existence d'une raison sociale est de la nature et non de l'essence de la société en nom col-

---

(54) Gierke aaO., § 32, III, 1. Lehmann aaO., § 30, 5 b und b.

(55) Cosack aaO., § 19, III, 1 b. Gierke aaO., § 32, III, 2. Lehmann aaO., § 30, 6 a, b, c. §§ 22, 24, 28 HGB. Tzirindanis aaO., Bd. I, § 40 IV a, b und Bd. II, § 74 II. Anastassiadis aaO., § 62, 3 a und Art. 2 der VO vom 28. April/7. Mai 1923 "Reform der Bestimmungen über Gesellschaften" (R. Bl. 115).

(56) Vgl. die obigen in Fussnote 55 angeführten Paragraphen des HGB und die Literatur mit Zusatz Art. 58 des Gesetzes Nr. 184 in Kraft seit 26. /29. März 1914 über Industrie- und Handelskammer.

(57) Vgl. die Fälle der Gesetzesbestimmungen in Fussnoten 55 und 56.

(58) Insbesondere § 22 HGB und Art. 2, Abs. 2 der VO vom 27. April/7. Mai 1923.

(59) § 23 HGB. Das griechische Gesetz hat keine analoge Bestimmung. Es ist aber im Schrifttum anerkannt, s. Anastassiadis aaO., § 62, 3 a.

(60) Hueck, Das Recht der oHG, § 1, 3 a und die von ihm angeführte Literatur.

(61) Tzirindanis aaO., Bd. II, § 74 III. Petrizi aaO., Bd. II, § 274, S. 12 ff. Anastassiadis aaO., § 70, S. 253. Entscheidung des Areiopags (A II 250, 1881, in Zeitschrift Balan-Gini, 2. Jahrg., S. 102. OLG Athen 445, 1929, Zeitschrift Themis 40, 736. Es sind dazu zu erwähnen die Argumente Paul Ponts, 1339 - 41 in Petrizi aaO., Bd. II, S. 13, nach dem eine oHG, deren Firma fehlt, einem Kinde vergleichbar ist, dessen Name beim Standesamt nicht registriert ist. Zu beiden Fällen, wo ein Name fehlt, kann nicht gesagt werden, dass weder ein Kind noch eine oHG existieren.

lectiv." Es ist nur schwer zu beweisen, ob die von Gesellschaftsvertretern mit Dritten geschlossenen Rechtsgeschäfte ihrer Privatsphäre oder dem Gesellschaftsbereich angehören. Dadurch ist jedoch nicht gesagt, dass eine oHG nicht existiert. Wenn Dritte die Zugehörigkeit des betreffenden Geschäfts zum Bereich der Gesellschaft beweisen können, dann haften Gesellschaft und Gesellschafter Dritten gegenüber, als ob eine Firma von vornherein bestünde (62).

Weiterhin ist zu sagen, dass die Gesellschafter sich verpflichten, die Firma zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden (63). Zuständig für die Eintragung ist das Registergericht, in dessen Bezirk sich Firma und Ort der Hauptniederlassung befinden (64). Wenn es Zweigniederlassungen gibt, müssen sie im Handelsregister der Zweigniederlassung zur Eintragung angemeldet werden. Sie sind gleichfalls verpflichtet, jede Änderung der Firma oder des Inhabers zum Handelsregister anzumelden (65). Die Eintragung ist durch Ordnungsstrafen erzwingbar. Wenn die Firma erlischt und die Ordnungsstrafen wegen Nichtanmeldung erfolglos bleiben, darf das Handelsregister von Amts wegen die Löschung der Firma durchführen (66). Die Eintragung einer rechtmässigen Firma gibt deren Inhaber das ausschliessliche Recht, sich ihrer zu bedienen (67). Dieser Grundsatz - sog. Firmenausschliesslichkeit - bedingt, dass eine gleichlautende Firma innerhalb jenes Ortes oder jener Gegend nicht geführt werden darf (68). Es ist zu betonen, dass

---

(62) Petrizi aaO., Bd. II, S. 14.

(63) Lehmann aaO., § 30, 7. Anastassiadis aaO., § 62, 3, § 108 HGB im Vergleich mit § 29 HGB, Art. 55 des Gesetzes Nr. 184/1923.

(64) Lehmann aaO., § 30, 7. Cosack aaO., § 5 IV. Anastassiadis aaO., § 62, 3.

(65) Gierke aaO., § 17 IV, 1. Anastassiadis aaO., § 62, 3, Art. 43, 46 EN.

(66) Lehmann aaO., § 30, 7, § 31, Abs. 2 HGB im Vergleich § 37, Abs. 1 eine solche Bestimmung fehlt nach griechischem Recht. Vgl. dazu Art. 46 EN und Art. 13, 14, Gesetz Nr. 146/1914 (R. Bl. 21). Über unerlaubten Wettbewerb und Art. 55 Verordnung vom 2./10. November 1923; "Neue Reform des Gesetzes Nr. 184/1914 über Industrie- und Handelskammer". Wie wir sehen, gibt es kein Einheitsfirmenrecht wie in anderen Ländern und nach deutschem ADHGB.

(67) Lehmann aaO., § 30, 8. Wieland § 18, II, S. 96, der meint, dass die Eintragung der Firma ins Handelsregister "nicht konstitutiv wirkt - weder die Befugnis zum Gebrauch der Firma noch deren Übertragung ist durch vorhergehende Eintragung bedingt", d. h. dass die Eintragung ins Handelsregister kein Schöpfungselement über die Erwerbung des Firmenrechts ist. Dasselbe gilt auch nach griechischer Lehre und Rechtsprechung. Vgl. Anastassiadis aaO., § 62, 3 und die Entscheidung Areiopag 352, 1929, Zeitschrift Themis Bd. 41, 337.

(68) Tzirindanis aaO., Bd. I, § 40 IV. Lehmann aaO., § 30, 8 und 10. Siehe auch §§ 30 und 34 HGB.

jede oHG nur eine einzige Firma führen kann (69). Sie ist, im Gegensatz zum Fall des Einzelkaufmanns das charakteristische Merkmal und damit das einzige Unterscheidungsmittel für den Firmeninhaber. Wie Hueck betont, würde es zu einer Verwirrung des Publikums führen, wenn eine oHG mehrere Namen gleichzeitig tragen könnte; die Kreditgrundlage liesse sich leicht verschleiern, der Handelsverkehr täuschen (70).

Mit der Eintragung und befugten Führung der Firma erwirbt der Firmenberechtigte ein gegen Dritte wirkendes Recht. Nach diesem Recht kann er jedenfalls gegen denjenigen - ohne Rücksicht darauf, ob dieser gut- oder bösgläubig ist - vorgehen, der seine Firma "unbefugt" gebraucht (71).

Zu beachten bleibt, dass der Verlust der Kaufmannsqualität oder der Rückgang des Gewerbes auf den Umfang eines nicht- oder (nach deutschem Recht) minderkaufmännischen Gewerbes, oder (nach griechischem Recht Art. 533 EN) die Eröffnung des Konkurses, das Erlöschen der Firmenführung zur Folge hat (72). In diesen Fällen sind die Gesellschafter oder der Konkursverwalter verpflichtet, die Löschung im Handelsregister anzumelden. Bis zur Löschung gilt die Gesellschaft weiter als oHG, § 5 HGB.

---

(69) Hueck aaO., Das Recht der oHG, § 1, 3 d, S. 9. Wieland § 18 II, S. 196. Gierke aaO., § 32 III, 3. Anastassiadis aaO., § 62, 2. Dagegen kann der Einzelkaufmann, der mehrere selbständige Hauptniederlassungen betreibt, mehrere besondere Firmen für jede Hauptniederlassung führen (vgl. Gierke aaO., § 17 III, 2. Anastassiadis (oben)). Hat man es mit einer Zweigniederlassung zu tun, dann muss grundsätzlich dieselbe Firma geführt werden (Gierke aaO., § 17 III, 4, S. 98).

(70) Hueck aaO., Das Recht der oHG, S. 9.

(71) Betreffend die Einzelfälle des Firmenschutzes ist zu verweisen auf Cosack aaO., S. 19 IV. Gierke aaO. § 17 VII. Lehmann aaO., § 30, 11, 12. Tzirindanis aaO., Bd. I, § 40 VI. Für die Frage, ob bei der oHG die Vorschriften des § 12 BGB und Art. 58 AK Anwendung finden, siehe Gierke aaO., § 32 III, 3. Tzirindanis aaO., Bd. I, § 40 VI, und die von Gierke erwähnte Entscheidung des RG 88, 421, dass es nur Firmenschutz gibt, sowie RG 114, 93, dass, wenn der Familienname eines Gesellschafters als Firmenname - wie es beim Einzelkaufmann der Fall ist - geführt wird, die Vorschriften des § 12 HGB Anwendung finden. Weiterhin ist zu erwähnen, dass die Firma geschützt wird: im griechischen Recht durch die Vorschriften des AK, Gesetz Nr. 184/1914 und Gesetz Nr. 146 in Geltung seit 26. Dezember 1913/27. Januar 1914 (R. Bl. 21) über "unlauteren Wettbewerb".

(72) Wieland aaO., § 19 III. Anastassiadis aaO., § 62, 3 a. Beide sind der Ansicht, dass die Firma nicht schon mit dem Eintritt ins Liquidationsstadium erlischt. Vgl. Art. 2 Verordnung vom 28. April 1923 (R. Bl. 115).

4) Art und Umfang der Haftung

Als viertes Begriffsmerkmal ist die Vermögenshaftung der Gesellschafter den Gläubigern gegenüber zu nennen (73). Genetisch ist die Entwicklung der Haftung noch nicht völlig aufgeklärt. Man vermutet, dass die unbeschränkte Schuldenhaftung der Gesellschafter sich zuerst bei Familiengemeinschaften, späteren Arbeits- und Geschäftsgemeinschaften, entwickelt hat (74).

Dem heutigen Rechtsbewusstsein erscheint die Art der Haftung als das hervorstechendste Kennzeichen einer oHG. Dadurch unterscheidet sie sich von den übrigen Gesellschaftstypen, insbesondere der KG (75). An der Spitze der Haftungsnormen steht der Grundsatz: Die Gesellschafter einer oHG haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern gegenüber, als Gesamtschuldner persönlich (76), d. h. jeder Gesellschafter kann von den Gläubigern ohne Rücksicht auf sein Beteiligungsverhältnis am Gesellschaftsvermögen zur vollen Begleichung der gesamten Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen werden (77). Diese Sicherheit der Gläubiger kann durch keine Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern beeinträchtigt oder gar ausgeschlossen werden, es sei denn, sie bedienten sich einer anderen

---

(73) Hueck aaO., Das Recht der oHG, § 1, 4 und S. 196 ff. Petrizi aaO., Bd. II, § 311 ff., § 128 HGB und Art. 22 EN.

(74) Lehmann aaO., § 45 II. P. Perdikas, Handelsrecht, Bd. A, 2. Aufl., Athen, 1952, S. 481 ff., der sagt, dass Art. und Umfang der Haftung das Resultat einer langen geschichtlichen Entwicklung ist, deren endgültige Festlegung im 19. Jahrhundert stattgefunden hat unter dem Ausdruck "solidaires pour tous les engagements ...".

(75) Hueck, Das Recht der oHG, § 1, 4. Heinrich Lehmann aaO., § 20 IV, 1, S. 125. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 73 II. Über die Abweichung von der bürgerlichen Gesellschaft in diesem Falle siehe Lehmann aaO., § 49 II und § 45 I, 2 und Note 1. Karavas aaO., § 32, 7, S. 34 und Art. 759 AK von Kommanditgesellschaft siehe Gierke aaO., § 37 VII, 3. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 76.

(76) Hueck aaO., Das Recht der oHG, § 1, 4. Lehmann aaO., § 49 II, 1, 5. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 75. Petrizi aaO., Bd. II, § 311, der sagt: "Dieser Grundsatz ist so ausgedacht, dass die Eröffnung des Konkurses - nach griechischem Recht - oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft von selbst (ipso iure) den Konkurs bzw. die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens über das Vermögen der Gesellschafter zur Folge hat." Siehe ferner Art. 533 EN und Entscheidung Areiopag 246/1884 in Zeitschr. Balanos S. 204. Dagegen nach deutschem Recht § 129 Abs. 4 HGB. Lehmann aaO., S. 49 III, 1.

(77) Lehmann aaO., § 49 II, 2. Petrizi aaO., Bd. II § 312 und 313, 320.

Gesellschaftsform (78). § 128 HGB, der diese Haftung gesetzlich festlegt, ist danach ius cogens und unterliegt nicht der Parteivereinbarung § 2 HGB. Im griechischen Recht fehlt zwar eine gesetzliche Festlegung des zwingenden Charakters, er wird aber allgemein aus Art. 22 EN geschlossen (Tzirindanis, Bd. II, § 75 III).

Der Gesellschaftsgläubiger kann sich nach seinem Belieben entweder aus dem Vermögen der Gesellschaft oder aller Gesellschafter oder auch nur eines Gesellschafters befriedigen (79). Im letzten Falle hat der Gesellschafter, der den Dritten befriedigt hat, ein anteilsmässiges Rückgriffsrecht gegen jeden Gesellschafter gemäss § 426 BGB und Art. 488 AK. Die Erklärung, mit dem Entstehen einer oHG im Aussenverhältnis einverstanden zu sein (Geschäftsbeginn oder Eintragung im HR) braucht also nicht als Versprechen selbstschuldnerischer Gewähr gemeint zu sein (80). Mit dem Bestehen der oHG ist ipso iure die persönliche Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner zwingend verbunden. Eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, wonach die gesetzliche Haftung ausgeschlossen oder beschränkt sein soll, ist Dritten gegenüber unwirksam. Von diesem Prinzip gibt es nur drei Ausnahmen:

a) der Dritte erklärt sich e i n v e r s t a n d e n. Das Verbot der Haftungsbeschränkung dient dem Schutz des Verkehrs; der Verkehr kann auf den Schutz verzichten.
b) Die Geschäftsführungsbefugnis des handelnden Gesellschafters ist eingeschränkt, der Dritte weiss davon, wirkt aber mit dem Handelnden zusammen, um die oHG zu schädigen (Kollusion).
c) Der Handelnde kontrahiert entgegen § 181 BGB und Art. 235 AK mit sich selbst.

---

(78) Lehmann aaO., § 49 II, 6. Hueck aaO., § 1, 4. Petrizi aaO., Bd. II, § 317. OLG Athen 445, 1929, in Zeitschrift Themis M 736. Über die Geltung dieses Satzes im Innenverhältnis nach deutschem Recht siehe Hueck oben § 1, 4, nach gültigem griechischem Recht Karavas aaO., Bd. II a, § 220, 221 sowie vorliegende Arbeit oben S. 15 und Fussnoten 73.

(79) Lehmann aaO., § 49 II, 4. H. Lehmann aaO., § 20 IV, 1, S. 125. Petrizi aaO., Bd. II, § 312 und Bd. I, §§ 237, 239. Lyon-Caen et Renault, Traité, § 281. Nach deutschem Recht genügt ein rechtskräftiges Urteil oder sonstiger Schuldtitel gegen die Gesellschaft nicht zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen des einzelnen Gesellschafters. Lehmann oben § 49 III, 1. ZPO § 794, KO § 145, Abs. 2. Dagegen genügt nach griechischem Recht ein richterliches Urteil gegen das Vermögen der Gesellschaft, um Zwangsvollstreckung in das Vermögen des einzelnen Gesellschafters zu betreiben. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 75 gr. ZPO (in Geltung vom 25. Januar 1835). Art. 868, Abs. 2, der ausdrücklich bestimmt, dass das gegen eine Gesellschaft vollvollstreckbare Urteil auch gegen die Gesellschafter vollstreckbar ist.

(80) Vgl. Makover, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Bd. I, 12. Aufl., Berlin, 1901, S. 245, Anm. 1 b zu § 128.

Wenn alle diese erwähnten Charakteristika vorhanden sind, liegt eine oHG vor, d. h. die Vorschriften über das oHG-Recht finden Anwendung, gleichgültig, ob die Gesellschafter das gewollt haben oder nicht (81). Demnach kann auch der Richter von Amts wegen, wenn er das Vorhandensein aller dieser Begriffsmerkmale festgestellt hat, die Bestimmungen des oHG-Rechts anwenden (82).

Wenn dagegen auch nur eins der genannten Begriffsmerkmale fehlt, können unter Umständen alle oder einzelne Vorschriften des oHG-Rechts nicht zur Anwendung gelangen (83). Über Scheingesellschaft und faktische Gesellschaft siehe S. 74 ff. und S. 91 ff.

III. WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG

Während die oHG ursprünglich die typische Gesellschaftsform der Familienbetriebe war, insbesondere, wenn das Geschäft eines Einzelkaufmanns von mehreren Erben übernommen wurde, hat sie sich im Zuge der Industriealisierung zur beherrschenden Sozietätsform der Klein- und Mittelbetriebe entwickelt. Die Ursache liegt auf der Hand: Die oHG bietet sich an, wenn eine bewegliche Geschäftsleitung wichtiger ist als eine breite Kapitalbasis, wenn die Handarbeit nicht ersetzt werden kann, ein räumlicher Zusammenhang zwischen Erzeuger, Händler und Verbraucher erforderlich ist, die unternehmerische Verantwortung auf wenigen Schultern ruhen kann und alles auf eine sinnvolle Arbeitsteilung zwischen wenigen, selbständigen Unternehmerpersönlichkeiten ankommt (84). Der Vorteil der oHG ist ihre Beweglichkeit, die leichte Gründung, die persönliche Initiative, ihr Nachteil die kleine Kapitalbasis (85). Wo hohe Investitionen erforderlich sind, wird man eine Aktiengesellschaft vorziehen; wo es um riskante Geschäfte geht, etwa die Entwicklung eines unerprobten Patents, wird eine GmbH das Angemessene sein. Die oHG findet sich hingegen, wo die Einzelpersönlichkeit noch das Geschäft zu tragen in der Lage ist und wo die Einzelpersönlichkeit den Mut aufbringen kann, voll einzustehen für alle Handlungen. Noch vor Jahrzehnten blieb die oHG im wesentliche auf den Gross- und Einzelhandel, sowie das Grosshandwerk beschränkt, während in der Industrie die AG und GmbH dominierten. Inzwischen zeichnet sich aber ein immer

---

(81) Hueck aaO., Das Recht der oHG, § 1, 4 II, S. 11 und die von ihm angeführte Literatur in Fussnote

(82) Karavas aaO., Bd. II, § 33. OLG Athen, 1934/1891 in Zeitschrift Themis I 88. Areiopag 337/1910. Zeitschrift Themis KB 2. Anastassiadis aaO., § 64.

(83) Hueck, Das Recht der oHG, S. 11.

(84) Buchwald-Tiefenbacher, Die zweckmässige Gesellschaftsform, 2. Aufl., S. 85.

(85) Gierke, Welche Unternehmensform verspricht den grössten Geschäftserfolg? 1925, S. 80.

stärkerer Einbruch in der Kleinindustrie ab; besonders Firmen der Textil-, Nahrungsmittel- und Genussmittelindustrie wählen immer häufiger die Organisationsform der oHG.

2. KAPITEL
Die Gesellschafter der oHG

I. ALLGEMEINES

Es versteht sich von selbst, dass jede natürliche Person, die voll geschäftsfähig ist, Mitglied einer oHG sein kann. Im übrigen aber herrscht Streit. In wachsendem Masse wird das Wirtschaftsleben nicht von einzelnen Unternehmerpersönlichkeiten, sondern von Gruppen, Konsortien, Gesellschaften, Vereinen usw. bestimmt. Es taucht die Frage auf, inwieweit solche Gruppierungen als Einheit sich an einer oHG beteiligen können. Die Schwierigkeiten ergeben sich aus strukturellen Momenten:

1) Der Gesellschaftsvertrag ist ein "schuldrechtlicher" Vertrag (Näheres s. unten). Er wird zwischen "Parteien" geschlossen, die sich gegenseitig berechtigen und verpflichten. Wer wird verpflichtet, wenn z. B. ein Personenverband, der keine juristische Person ist, durch Mehrheitsbeschluss einer oHG beitritt?
2) In der oHG trägt jeder Gesellschafter die unbeschränkte, persönliche Haftung für alle gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten.
3) Da Personalgesellschaft, muss der Mitgliederbestand feststehen und erkennbar sein.
4) Bei der Personalgesellschaft liegt das Hauptgewicht auf der Einzelpersönlichkeit, die Vorschriften der §§ 105 ff. HGB sind auf Individuen zugeschnitten.
5) Die Firma der oHG muss grundsätzlich Personenfirma sein.

Daneben beschäftigt sich die Rechtslehre mit der Frage, ob ein Minderjähriger Mitglied einer oHG sein kann, eine Frage, die ihre Bedeutung besonders dadurch bekommt, dass gem. § 125 HGB jeder Gesellschafter Einzelvertretung hat und durch seine Erklärungen gem. § 128 HGB nicht nur die Gesamtheit, sondern auch jeden Gesellschafter persönlich bindet.

II. PHYSISCHE PERSONEN

1) Minderjährige

a) Nach deutschem Recht kann jede natürliche Person ohne Rücksicht auf Alter und Geschlecht Kaufmann sein; wer aber Kaufmann sein kann, dem muss man auch das Recht gewähren, Mitglied einer oHG zu werden (1). Die Schwierigkeiten, die sich hinsichtlich der Stellung eines Minderjährigen in der oHG ergeben, betreffen

---

(1) Hueck, Das Recht der oHG, § 2 I, 1. Derselbe, Gesellschaftsrecht, S. 52. Lehmann aaO., § 17. Gierke aaO., § 8.

nicht die Grundfrage der Mitgliedschaft als solche. Sie liegen auf einer anderen Ebene. Man könnte etwa einen Vergleich ziehen zu dem Verhältnis Rechtsfähigkeit - Geschäftsfähigkeit.

Unbestritten müssen geschäftsunfähige Personen die Rechte und Pflichten als Gesellschafter durch ihren Vertreter wahrnehmen lassen (2). Bei den beschränkt Geschäftsfähigen sind die Meinungen geteilt. Manche billigen ihnen die Vertretungsmacht generell zu, andere meinen einschränkend, der Minderjährige könne die oHG nur insoweit vertreten, als eine Ermächtigung nach § 112 BGB vorläge(3).

Geht man vom Wortlaut des § 165 BGB aus, so könnte man meinen, dass der Minderjährige die anderen Gesellschafter in jedem Fall wirksam vertreten kann. Hierbei wird jedoch übersehen, dass ein vertretungsberechtigter Gesellschafter nicht nur die oHG verpflichtet, sondern auch sich selbst, und das kann ein Minderjähriger trotz § 165 ohne Zustimmung seines Vertreters nicht. Diese Zustimmung kann auch nicht durch das Einverständnis der übrigen Gesellschafter ersetzt werden, da es ihnen an einer entsprechenden Stellung fehlt. § 165 BGB geht davon aus, dass durch die Handlung des Vertreters allein der von ihm Vertretene verpflichtet wird, er selbst also keinen rechtlichen Nachteil erleidet. Dieser Grundsatz des § 165 gilt im Hinblick auf die Vertretungsmacht eines oHG-Gesellschafters nicht (4).

Etwas anderes ist anzunehmen, wenn dem Minderjährigen eine Ermächtigung im Sinne des § 112 BGB erteilt ist, wonach er als Gesellschafter die Rechtsgeschäfte, die der Betrieb mit sich bringt, selbständig abschliessen kann. Zwar ist die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 112 BGB nicht unbestritten (siehe Fussnote 3), aber man wird sie mit der Begründung bejahen müssen, dass der Fall der Teilnahme an einer oHG nicht grundlegend anders zu beurteilen ist als der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (5). Die Anwendung des § 112 BGB hat danach folgende Konsequenz: Zunächst ergibt sich die Vertretungsbefugnis für die anderen Gesellschafter aus § 165 BGB; § 112 BGB erweitert diese Vorschrift dahingehend, dass auch der Minderjährige sich selbst binden kann, denn das Handeln als vertretungsberechtigter Gesellschafter bringt keine grösseren Gefahren als der Betrieb eines Einzelunternehmens im Hinblick auf die Interessen des Minderjährigen.

---

(2) Hueck, Das Recht der oHG, §§ 2 I, 1, 20 V, 1 a. Lehmann § 17, Anm. 1. Vgl. auch die §§ 104, 106, 114 BGB und §§ 1645, 1643, 1823, 1822, 1821 BGB.

(3) Hueck, Das Recht der oHG, § 20, V, 1 a. Gierke aaO., § 8, Anm. 2 a.

(4) Lehmann aaO., § 17, Anm. 2 a, b, c, d. Hueck, Das Recht der oHG, § 20 V, 1 a.

(5) Lehmann aaO., § 17, Anm. 1. Hueck, Das Recht der oHG, § 20 V, 1 a. RG 87, 102; 127, 110.

Aufgrund der Ermächtigung nach § 112 BGB wird der Minderjährige für alle Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb der oHG mit sich bringt, grundsätzlich unbeschränkt geschäftsfähig (6). Allerdings ist er nicht befugt, allein einen Gesellschaftsvertrag abzuschliessen oder, abgesehen von § 112 BGB, die alleinige Geschäftsführung zu übernehmen, da die Geschäftsführung notwendig zahlreiche Rechtsgeschäfte für die oHG mit sich bringt (7). Ist hingegen die Ermächtigung erteilt, so kann der Minderjährige ohne Eingriffsmöglichkeit seines Vertreters die Rechtsgeschäfte für die oHG vornehmen (8). Die Ermächtigung wird widerruflich vom gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilt, ohne dass dabei der Minderjährige gehört zu werden braucht (9).

b) Dagegen kann nach griechischem Recht der Minderjährige grundsätzlich nicht Gesellschafter einer oHG sein (10). Das griechische Recht geht von der Ansicht aus, dass Voraussetzung der Teilnahme an einer oHG die Fähigkeit ist, Kaufmann zu sein, und das bedeutet, dass nur derjenige, der die volle und unbeschränkte Geschäftsfähigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen des AK besitzt, Kaufmann sein kann (11). Deswegen darf der gesetzliche Vertreter des Mündels nicht in dessen Namen einen Geschäftsbetrieb führen und keinen Gesellschaftsvertrag als sein Vertreter schliessen, weil damit der Minderjährige als Kaufmann bezeichnet werden müsste (12).

Ausnahmsweise kann der Minderjährige ein Handelsgeschäft führen und demnach die Kaufmannseigenschaft erwerben, wenn er die Voraussetzungen der Art. 2 und 3 EN erfüllt hat (13). Gemäss den genannten Artikeln ist notwendig, dass
a) der Minderjährige über 18 Jahre alt ist (14),
b) Emanzipation stattgefunden hat (15),

---

(6) Lehmann aaO., § 17, Anm. 1.
(7) Hueck, Das Recht der oHG, § 20 V, 1a. Lehmann aaO., § 17, Anm. 1.
(8) Hueck, § 20 V, 1 a.
(9) Lehmann aaO., § 17, 1.
(10) Tzirindanis aaO., Bs. I, § 36. Karavas aaO., Bd. II, § 177 und Bd. I, §§ 155 ff. Anastassiadis aaO., § 46, Fussnote 18, der meint, dass der Gesellschaftsgründungsvertrag ein Handelsgeschäft ist und dadurch der Minderjährige die Fähigkeit besitzen muss, Handelsgeschäfte zu führen und Kaufmann zu sein.
(11) Tzirindanis aaO., Bd. I, § 36. Karavas aaO., § 173. Über die Geschäftsfähigkeit vgl. Art. 127, 128 und 1693, 1700 AK.
(12) Karavas aaO., Bd. II, § 179 und Bd. I, § 155. OLG Athen 180/1901 Zeitschrift Themis Bd. I B, S. 613. Vgl. Lyon-Caen et Renault II, Nr. 81 ff.
(13) Karavas aaO., Bd. II, § 177, Bd. I, §§ 155 ff. Tzirindanis Bd. I, § 36, Art. 2 EN.
(14) Tzirindanis Bd. I, § 36, Art. 2 EN. Vgl. Art. 137 AK.
(15) Tzirindanis Bd. I, § 36, Art. 2 EN. Vgl. Art. 1668, 1669, 1681, 1684, 1685 AK.

c) eine Ermächtigung vorliegt, die vom Vater oder, falls er bereits verstorben ist, von der Mutter, und falls beide nicht mehr leben, vom Familienrat erteilt werden muss, in allen Fällen mit Beglaubigung des Gerichts (16).

Die Ermächtigung muss schriftlich, ab solemnitatem sein und beim Landgericht veröffentlicht werden (17). Für die Erteilung wie für die Zurücknahme der Ermächtigung ist der Wille des Vertreters massgebend (18). Es ist sehr bestritten, ob die erwähnte Ermächtigung genügt, um den Minderjährigen zu befähigen, einen Gesellschaftsvertrag selbst zu schliessen und dadurch Teilnehmer einer oHG zu sein, d.h. ob eine Ermächtigung zum Kaufmann genügt, oder eine besondere Ermächtigung zum Teilnehmer an einer oHG nötig ist. Die früheren Ansichten haben verlangt, dass eine besondere Ermächtigung erteilt wird (19). Dagegen sind sich die heutigen Ansichten mit Recht darüber einig, dass eine generelle Ermächtigung genugt, um die Kaufmannseigenschaft zu erwerben (20). Dann ist der nach Art. 2 EN ermächtigte Minderjährige für alle Rechtsgeschäfte unbeschrankt geschäftsfähig, d.h. er kann allein alle Rechtsgeschäfte, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt und über die die Ermächtigung erteilt ist, durchführen und dadurch die Kaufmannseigenschaft erwerben (21). Er ist dem volljährigen Kaufmann gleichzusetzen (22). Er darf selbständig einen Gesellschaftsvertrag schliessen und die Vertretung der Gesellschaft übernehmen (23). Doch sind Rechtsgeschäfte ausgenommen, zu denen der ermächtigte Minderjährige der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichts bedarf (wie z.B. die Veräusserung eines Grundstücks usw.) (24).

Eine andere Frage ist, ob der ermächtigte Minderjährige einen Gesellschaftsver-

---

(16) Tzirindanis Bd. I, § 36, Art. 2 EN. Karavas Bd. II, § 178 und Bd. I, § 160, S. 344, der meint, dass die Ermächtigung beschränkt erteilt werden kann.

(17) Tzirindanis aaO., Bd. I, § 36 III.

(18) Tzirindanis aaO., Bd. I, § 36, S. 80/81, der meint, dass über die Rücknahme der Ermächtigung eine gerichtliche Entscheidung nötig ist wie bei Rücknahme der Emanzipation. Vgl. Art. 1679 AK.

(19) Rallis aaO., § 96 γ. Damaskinos aaO., Bd. I, § 47, S. 175. Petrizi aaO., Bd. I, § 32. Petimezas aaO., Bd. I, § 49, S. 175. OLG Athen 938/1930 in Zeitschr. Themis MB 118.

(20) Anastassiadis aaO., § 46, Fussnote 19. Tzirindanis aaO., Bd. I, § 37, S. 83. Karavas aaO., Bd. II, § 178. Areiopag 79 und 244/1895 in Zeitschrift Themis ℒ 243. OLG Patrae 506/1907 in Zeitschrift Themis K 601.

(21) Tzirindanis aaO., Bd. I, § 36, S. 81.

(22) Art. 1681 AK, der bestimmt: "Der emanzipierte Minderjährige, welcher Handel treibt, gilt in Bezug auf die Handlungen, welche sich auf den Handel beziehen, als volljährig." und Art. 6 EN.

(23) Tzirindanis aaO., Bd. I, § 37, S. 83.

(24) Tzirindanis aaO., Bd. I, § 37, S. 83.

trag mit seinem gesetzlichen Vertreter, der ihm die Ermächtigung erteilt hat, schliessen darf. Eine solche Gesellschaft soll ungültig sein, weil sie dem Prinzip "nemo auctor esse potest in rem suam" widerspricht (25). Er kann sich dann mit seinem Vertreter zusammenschliessen, wenn er eine besondere Ermächtigung im Sinne des Art. 2 EN bekommen hat. Die Anhänger der gegenteiligen Ansicht behaupten, dass eine generelle Ermächtigung genügt, um den Minderjährigen einen Gesellschaftsvertrag mit seinem gesetzlichen Vertreter abschliessen zu lassen, weil es keine gesetzlichen Bestimmungen gibt, die das verbieten (26).

2) Die Ehefrau

Das moderne deutsche und griechische bürgerliche Recht betrachtet Mann und Frau als gleichgeordnete Subjekte des Rechtslebens. Die Frau als solche ist zu jedem Geschäft des Zivilrechts und zur selbständigen Prozessführung ebenso fähig wie der Mann (27). Selbstverständlich lassen sich die Vorschriften der Geschäftsunfähigkeit und der beschränkten Geschäftsfähigkeit, die oben dargelegt sind, bei der minderjährigen Frau anwenden. Die Stellung der Frau wird prinzipiell durch die Eheschliessung nicht geändert (28). Sie kann sich unbeschadet des jeweils geltenden oder vereinbarten Güterstandes gültig verpflichten und ist in jedem Fall befähigt, selbständig ein Gewerbe, insbesondere auch ein Handelsgewerbe, zu betreiben (29).

Der gesamte Inhalt der persönlichen Verhältnisse der Ehegatten zueinander bestimmt sich gem. § 1353 BGB und Art. 1386 AK dergestalt, dass die Ehe eine gegenseitige Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft begründet (30). Darunter wird das Wesen und die moralische Bedeutung der Ehe, welche die subjektiven Rechte der Ehefrau nicht beeinträchtigen, verstanden. Die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft beinhaltet damit die Pflicht zum ehelichen Zusammen-

---

(25) Rallis aaO., § 96 γ. Damaskinos aaO., Bd. I, § 48. Petimezas aaO., Bd. I, § 49, S. 208. OLG Athen 1424/L893. Zeitschrift Themis Δ 538. Ferner Lyon-Cean et Renault aaO., I Nr. 230.

(26) Petrizi aaO., Bd. I, § 33. Anastassiadis aaO., § 46, Fussnote 19. Karavas aaO., Bd. II, § 179, S. 178/179. Aus der Rechtsprechung vgl. Areiopag 79/1895 in Zeitschrift Themis Κ 243, LG Syros 1632/1891 in Zeitschrift Themis B 541.

(27) Lehmann aaO., § 18 I. Weipert aaO., § 105, Anm. 25. H. Lehmann § 18 III, 1 b. Schlegelberger, § 105, Anm. 24. Otto Martin Simon, Die Ehefrau als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft, Borna-Leipzig, 1911, Einleitung S. 1. Anastassiadis aaO., § 48. Karavas Bd. I, § 177 - 180 und Bd. II, § 182.

(28) Lehmann aaO., § 18, 1, S. 63. Anastassiadis § 48.

(29) Simon aaO., (Einleitung) S. 1. Lehmann aaO., § 18, 1.

(30) Siehe § 1353 BGB und Art. 1386 AK. Palandt aaO., zu § 1353, 2. Simon aaO., (Einleitung) S. 2.

leben, zu häuslicher Gemeinschaft, zu Treue und zum gegenseitigen Beistand. Sie besteht also in der Begründung und Erhaltung einer engen, grundsätzlich alle Lebensbereiche jedes Ehegatten umfassenden Lebensgemeinschaft der Ehepartner, wie der Bundesgerichtshof (31) entschieden hat oder: die Stellung der Ehefrau dem Manne gegenüber grenzt an die Frage der Moral und der inneren Familienordnung, wie Anastassiadis sagt (32).

Wenn die Ehefrau auch berechtigt ist, erwerbstätig zu sein, ist ihr das doch nur insoweit gestattet, als es sich mit den Pflichten in Ehe und Familie vereinbaren lässt (33). Insbesondere kommen die Fälle in Betracht, in denen sich die Ehefrau an einer Handelsgesellschaft, beispielsweise einer oHG, beteiligt. In diesem Fall muss sich die Frau sowohl mit ihrer Arbeits- als auch mit ihrer Kapitalkraft beteiligen (34). Sie muss sich häufig ausserhalb des Wohnsitzes aufhalten. Sie ist für die Schulden der oHG mit ihrem gesamten Vermögen verantwortlich (35), das zugleich dem Lebensunterhalt ihrer Familie dienen soll (36). Es besteht also ein Konflikt zwischen den Pflichten zur Familie und zur oHG. Die Ehefrau würde sich allgemein einer Eheverfehlung schuldig machen, wenn sie wegen einer Erwerbstätigkeit die häusliche Gemeinschaft aufgäbe (37).

a) Von solchen Überlegungen geht der griechische Gesetzgeber aus, wenn er bestimmt, dass, wenn die Ehefrau ein selbständiges Handelsgewerbe betreiben will, ihr Mann dazu gehört werden muss. Es ist dies eine Auffassung, die sich durch die Jahrhunderte erhalten hat und in positiver gesetzlicher Regelung ihren Niederschlag gefunden hat (38). Art. 4 EN bestimmt, dass die Ehefrau ohne Zustimmung ihres Mannes nicht handeln kann. Diese Unfähigkeit kann durch folgende Voraussetzungen aufgehoben werden:

---

(31) BGH 26, 198.

(32) Anastassiadis aaO., § 48.

(33) BGB § 1356 I, 2. Palandt aaO., § 1356 I, 2. Nach griechischem Recht fehlt eine solche besondere Bestimmung.

(34) Es entspricht der Rechtsnatur der oHG.

(35) Es kommt darauf an, in welchem Güterstand die Ehegatten leben, z. B. in der Gütertrennung, der auch nach griechischem Recht vorherrscht. Art. 1397 AK bestimmt: "Die Ehe hat keine Änderung der Selbständigkeit des Vermögens der Ehegatten zur Folge." Nur die Ehefrau haftet mit ihrem Vermögen, nicht der Ehemann. Nach Art. 1402 AK können die Ehegatten vor der Ehe einen anderen Güterstand vereinbaren. Für die Frage, welche Wirkung jedes System erzeugt, siehe Lehmann aaO., § 18, 2. Über das nach griechischem Recht und die Rechte des Ehemannes auf sie vgl. Art. 1406, 1412, 1413, 1414, 1416, 1417, 1435, 1436 AK.

(36) § 1360 BGB. Art. 1399 AK.

(37) § 1356 BGB.

(38) Anastassiadis aaO., § 48.

1. Sie muss einen selbständigen Handelsbetrieb betreiben (Art. 9 EN)
2. sie muss die Zustimmung ihres Mannes erteilt bekommen (Art. 4 EN).

Unter diesen Voraussetzungen könnte die Ehefrau Handelsfrau sein und dadurch an einer oHG beteiligt sein (39). Im einzelnen ist Karavas zuzustimmen, der meint, dass der Widerstand des Ehemannes, seine Zustimmung zu erteilen, oder die Rücknahme der erteilten Zustimmung nur die Beziehungen zwischen den Ehegatten betrifft, hingegen nach aussen ohne rechtliche Wirkung bleiben müssen, weil sie moralischer und nicht juristischer Natur sind und weil dies ausserdem den modernen gesetzlichen Auffassungen entspricht (40).

b) Nach geltendem deutschem Recht ist heute jede gesetzliche Beschränkung der Ehefrau, Handelsfrau zu sein, aufgehoben, unbeschadet der oben angeführten moralischen Bindung. Die Ehefrau bedarf zur Handelsfrau oder Gesellschafterin einer oHG nicht der Zustimmung ihres Mannes (41). Ebenso verwaltet nach § 1364 BGB die Frau ihr Vermögen selbständig, und ein Widerspruch des Mannes kommt nicht

---

(39) Tzirindanis aaO., Bd. I, § 38. Anastassiadis aaO., §§ 49 und 54. Vgl. die deutschen ähnlichen Ansichten über selbständigen Betrieb der Ehefrau bei Simon aaO., § 4, S. 18 ff. So wird allgemein in der Literatur unter einem selbständigen Betrieb ein vom Mann unabhängiger, auf den Namen der Firma geführter Geschäftsbetrieb verstanden. Stern aaO., S. 20 und die von ihm angeführte Literatur. Die Arbeitsverrichtung der Ehefrau im Geschäft ihres Ehemannes ist kein selbständiger Betrieb. Art. 5 EN. Tzirindanis aaO., Bd. I, § 38, S. 87. Stern aaO., S. 20. Eine andere Frage, die in der griechischen Literatur aufgeworfen wird, ist, ob die Zustimmung des Ehemannes allgemein zum Betrieb eines Handelsgewerbes erteilt werden kann oder es einer besonderen Zustimmung bedarf, damit die Ehefrau Gesellschafterin sein kann. Die herrschende Lehre geht dahin, zu sagen, dass eine allgemeine Zustimmung nicht genügt. Die engere Zusammenarbeit der Ehefrau mit Dritten würde Auswirkungen moralischer Art gegenüber dem Ehemann zur Folge haben, und aus diesem Grund müsste er seine Zustimmung besonders erteilen. Es tritt das sog. intuitus personae hervor. Anastassiadis aaO., § 49, Fussnote 41. Rallis aaO., Bd. I, § 104 und die von ihm angeführte Literatur, insbesondere Lyon-Caen et Reanult aaO., Bd. I, Nr. 255. Karavas aaO., Bd. II, § 182. Die Zustimmung kann konkludent oder stillschweigend erteilt werden. Tzirindanis Bd. I, § 38.

(40) Karavas aaO., Bd. II, § 182, S. 182 und Bd. I, § 172, S. 370 - 372. Mit Recht hat das LG Kalamae 1513/1932 in Zeitschrift Dikastiki E 409 entschieden, dass ohne Zustimmung des Ehemannes erfolgte Beteiligung der Ehefrau an einer oHG voll wirksam ist.

(41) Hueck, Das Recht der oHG, S. 14/15. Weipert aaO., § 105, Anm. 25.

mehr in Betracht (42). Auch das durch den früheren § 1358 BGB dem Manne zugestandene selbständige Kündigungsrecht gegen Dritte, das zur Auflösung von Verträgen führen konnte, durch die die Ehefrau an einer oHG beteiligt ist, ist durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. 6. 1957 beseitigt worden (43). Die Ehefrau kann also selbständig einen Gesellschaftsvertrag schliessen und dadurch sich mit ihrem ganzen Vermögen haftbar machen, ohne dass sich der Ehemann dem widersetzen kann. Ein Gesellschaftsvertrag zwischen Ehegatten ist nach deutschem Recht möglich, nicht dagegen nach griechischem Recht (44).

III. JURISTISCHE PERSONEN

a) Aufgrund neuerer wirtschaftlicher Bedürfnisse hat das Reichsgericht entschieden (45), dass Mitglieder einer oHG auch eine AG, eine GmbH oder eine eingetragene Genossenschaft als persönlich haftende Gesellschafter sein können. Es kehrte sich damit von der Ansicht ab, dass nur "natürliche Personen" Mitglieder einer oHG sein könnten. Aus dem Wortlaut des Gesetzes (46) ist nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber nur an Personal- und Arbeitsgemeinschaften mit stark personellem Einschlag im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften gedacht hätte. Das Gesetz hat ebenso wie an anderen Stellen nur den Normalfall geregelt, nicht aber andere Möglichkeiten ausschliessen wollen. Weder einer AG noch einer GmbH ist durch die Natur dieser Vorschriften verboten, Mitglied einer oHG zu sein. Ausserdem ist in diesem Zusammenhang das Wort "Person" im Sinne der ZPO aufschlussreich (47). Darunter werden sowohl physische als auch juristische

---

(42) Ausnahmen: Verpflichtungen oder Verfügungen über das Vermögen im Ganzen oder über Gegenstände des Haushalts, §§ 1365, 1369 BGB.

(43) Heinrich Lehmann aaO., § 18 III, 1 b.

(44) Schlegelberger aaO., § 105, Anm. 24. Der Gesellschaftsvertrag bedarf nicht der Form des Ehevertrages. Von griechischer Seite herrschende Lehre. Tzirindanes aaO., § 54, Art. 5 EN in Verbindung mit Art. 1397 AK: Selbständigkeit der Vermögen der Ehegatten. Gegenmeinung Karavas aaO., Bd. II, §§ 183 - 184, zutreffend Art. 1460, Abs. 1 AK, der nach seiner Meinung mittelbar einen Gesellschaftsvertrag unter den Ehegatten als möglich vorsieht.

(45) RG 105, 101 ff. Vgl. Hueck, Das Recht der oHG, S. 15. Weipert aaO., § 105, Anm. 26.

(46) §§ 106 Nr. 1, 108, 118, 131, Nr. 4, 139, 161. Vgl. RG 105, 101 ff. Weipert aaO., § 105, Anm. 26 und frühere Ansichten bei Stern aaO., § 2, insbesondere S. 20 und die von ihm angeführte Literatur.

(47) §§ 132, 268, 217 ZPO, jetzt § 239, 240, 501 Ziff. 5 ZPO (Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien, Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei. Vgl. RG 105, 101 ff. Stern aaO., § 2, S. 19.

Personen verstanden. Die Ausdrücke "Person" und "Gesellschafter" im HGB sind synonym mit Vertragsteil, Mitglied, Teilhaber und begründen als solche durchaus keinen Gegensatz zwischen physischen und juristischen Personen und Gesamthandsgemeinschaften (48).

b) Der Einwand der Unzulässigkeit der Führung einer doppelten Firma durch ein und dieselbe Gesellschaft erscheint ebenfalls nicht durchschlagend, weil in Wahrheit keine Führung mehrerer Firmen für ein und dieselbe Gesellschaft vorliegt (49). Eine doppelte Firmenführung und ein Auftreten unter fremdem Handelsnamen steht gar nicht in Frage, weil nicht die eine umschliessende Gesellschaft sich zweier Firmen bedient, sondern je eine Firma für die umschlossene und die umschliessende Gesellschaft gebraucht wird (50). Es gibt immer einen Unterschied zwischen der eigenen Firma der Teilnehmerin-Gesellschaft und der Gesellschaft, an der sie sich beteiligt. Wenn sie in ihren eigenen Angelegenheiten mit ihrer eigenen Firma zeichnen muss und bei Angelegenheiten, welche die Sphäre der umschliessenden Gesellschaft berühren, mit der gemeinsamen Firma zeichnen soll (51), wird durchaus kein Irrtum im Rechtsverkehr über eine doppelte Firmenführung entstehen.

c) Gegen die Teilnahme einer AG, einer GmbH oder einer eGen an einer oHG wird ferner eingewandt, dass gemäss § 38 Abs. 1 GmbHG und § 24 Abs. 2 GenG die umschlossene Gesellschaft, der das Vertretungsrecht zusteht, ihre Vertretungsberechtigten zu jeder Zeit abberufen kann (52). Dagegen kann das Vertretungsorgan der oHG, das der umschlossenen Gesellschaft entnommen ist, nur aus wichtigen Gründen, die nicht gleichzeitig seinen Ausschluss aus der umschlossenen Gesellschaft zur Folge haben, abberufen werden (53). Indes ist mit dem Reichsgericht (54), Weipert (55) und Stern (56) festzustellen, dass die Abberufbarkeit kein Hindernis für die Zulässigkeit der Mitgliedschaft in einer der genannten Gesellschaften oder auch einer anderen juristischen Person ist. Gesellschafter der oHG

---

(48) Stern aaO., S. 19/20. RG 105, 101 ff. Max Arend, Die Parteiqualität der oHG im geltenden Reichs-, Zivil-, Prozessrecht mit Ausschluss des Konkursverfahrens, Leipzig. Diss., 1904, S. 43.

(49) RG 105, 105.

(50) Stern aaO., S. 30/31. RG 105, 105.

(51) Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 20 zu § 105.

(52) Weipert aaO., § 105, Anm. 26. RG 105, 105. Stern aaO., S. 37. Bei der AG kommt eine Abberufung des Vorstandes nur dann einmal in Betracht (nach der Neufassung des § 75 III AktG), falls ein wichtiger Grund vorliegt.

(53) § 127 HGB. Stern aaO., S. 39. Auf die Frage, ob die Klage sich gegen die umschlossene Gesellschaft oder ihren Vertreter richtet, siehe Stern aaO., S. 39 ff.

(54) RG 105, 105.

(55) Weipert aaO., § 105, Anm. 26.

(56) Stern aaO., S. 43.

ist nicht der Leiter der betreffenden juristischen Personen, sondern diese selbst. Die Mitgliedschaft erfährt durch die Abberufung keine Änderung (57).

d) Dem Haupteinwand, dass, wenn juristische Personen des Privatrechts, deren Mitglieder selbst nur beschränkt haften, Gesellschafter an einer oHG werden könnten, dies dem Prinzip der unbeschränkbaren Haftung im oHG-Recht widerspricht, kann gleichfalls nicht gefolgt werden (58). Diese Argumentation übersieht, dass die juristische Person in ihrer Konstruktion als eine selbständige Einheit mit eigener Persönlichkeit und eigenem Vermögen zu betrachten ist, für sich allein steht und mit ihren Teilhabern keine Vermögensgemeinschaft hat (59). Wenn sie sich an einer oHG als Gesellschafterin beteiligt, dann haftet sie mit dem ganzen Vermögen, unbeschränkt persönlich und solidarisch, das ihr als solcher gehört, d. h. mit ihrem Stammkapital, ihren evtl. Reservefonds usw., nicht aber mit dem Privatvermögen ihrer Teilhaber, weil sie selbst und nur sie allein Gesellschafterin wird, nicht hingegen ihre Mitglieder (60). Es ist bisher von niemandem behauptet worden, dass eine in die oHG eingetretene Handelsgesellschaft in ihrer Kapitalbeteiligung einen physischen Gesellschafter nicht ersetzen könnte. Man muss sich vielmehr Weipert anschliessen, dass, wenn der Gesetzgeber die Kapitalgrundlage einer juristischen Person für ausreichend hält, um sie zu jeder Tätigkeit in der Wirtschaft und Übernahme von Verpflichtungen in unbegrenzter Höhe zuzulassen, kein Grund besteht, eine Ausnahme zu machen, wenn es sich um die Beteiligung an einer oHG handelt (61).

IV. DIE oHG ALS GESELLSCHAFTERIN EINER ANDEREN oHG

1) Ähnlichen Bedenken wie bei der juristischen Person begegnen wir im deutschen Recht bei der Frage, ob eine oHG Mitglied einer anderen oHG sein kann. Weder in der Praxis, noch in der Lehre hat sich bisher eine herrschende Meinung herausgebildet (62).

---

(57) Weipert aaO., § 105, Anm. 26.

(58) Hueck aaO., S. 13. Eltzbacher in ZHR 45, 40 ff. Gierke, Arch. Bürgerl. R. 19, 114. Weipert aaO., § 105, Anm. 26, bei denen die verschiedenen Ansichten anzutreffen sind.

(59) Hueck, Das Recht der oHG, S. 14. Weipert aaO., § 105, Anm. 26. RG 105, 101 ff.

(60) Vgl. hierzu Stern aaO., S. 62 und die von ihm angeführte Literatur, sowie die unter Fussnote (58) erwähnten Autoren.

(61) Weipert aaO., § 105, Anm. 26.

(62) Aus der Rechtsprechung vgl. gegen die Annahme der Mitgliedschaft einer oHG an einer anderen oHG: OLG Hamburg in ZHR 40, 457. OLG Stuttgart in OLGR 24, 170. RG 36, 139. RG in JW 35, 1794: anderer Meinung: LG

In der Literatur (63) wird die Unzulässigkeit der aus anderen offenen Handelsgesellschaften gebildeten oHG grundsätzlich damit begründet, dass die Teilnehmer der umschlossenen Gesellschaft jederzeit wechseln können ohne Widerspruch der anderen Gesellschafter der sie umschliessenden Gesellschaft, und dadurch eine Änderung im Mitgliederbestand der umschliessenden Gesellschaft hervorgerufen wird, die eine störende Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit in die Gesellschaft bringt, die ihrem Wesen widerspricht als einer auf einen festen Personenkreis beschränkten Gesellschaft. Diesem Einwand ist mit Schlegelberger (64) entgegenzuhalten, dass nicht der einzelne Teilnehmer der umschlossenen oHG seinerseits Teilnehmer der umschliessenden oHG ist, sondern die umschlossene oHG, also die Gesamtheit der Teilnehmer der umschlossenen Gesellschaft. Daraus kann logisch gefolgert werden, dass ein Mitgliederwechsel in der umschlossenen Gesellschaft nicht den Mitgliederstand der umschliessenden Gesellschaft berühren kann.

Ohne Grund wird auch gegen die Zulassung einer solchen Beteiligung eingewendet, dass die oHG nur unter e i n e r Firma Geschäfte betreiben kann, mit anderen Worten, dass dieselbe Handelsgesellschaft im Rechtsverkehr nicht unter verschiedenen Firmen auftreten kann, also auch nicht unter der Firma der neugegründeten oHG, deren Mitglied sie werden soll (65). Wenn, wie zu Anfang dieses Kapitels betont wird, und von Weipert (66) klar dargelegt ist, eine oHG Gesellschafterin einer anderen oHG wird, so tritt damit auch gar keine Durchbrechung des Grundsatzes der Firmenwahrheit ein. Es ist allgemein anerkannt, dass die oHG gemäss § 124 in Verbindung mit § 105 HGB als solche den Gesellschaftsvertrag über die

---

(62) Fortsetzung:
Göttingen in NJW 1949, S. 789. RFH Steuer und Wirtschaft, 1930, Nr. 29 und 1009.

(63) Staub aaO., § 105, Anm. 23. Vgl. derselbe § 109, Anm. 19. H. Lehmann aaO., § 18 III, 2 b. K. Ritter, Kommentar zum HGB, § 105, Anm. 2 b. RG 139. OLG Hamburg in ZHR Bd. 40, § 457.

(64) Schlegelberger aaO., § 105, Anm. 27. Vgl. die von ihm angeführte Entscheidung: OLG Stuttgart DR 1944, 575. Eltzbacher in ZHR Bd. 45, S. 62. Vgl. Holdheim aaO., Bd. I, S. 196 ff. und Bd. XIII, S. 151 ff. Weipert aaO., § 105, Anm. 27 und Hueck, Das Recht der oHG, S. 16. Gierke aaO., § 32, 4, S. 188.

(65) Staub 10. Aufl. § 105, Anm. 22 und 23, Aufl. 1894, Art. 85, § 5, jetzt aaO., § 105, Anm. 23. Moll in Holdheims Zeitschr. aaO., Bd. XIII, S. 151 ff. H. Hill, Die Vertretungsmacht des offenen Handelsgesellschafters, Heidelberger Diss., 1911, S. 16 über juristische Personen, gültig auch für die oHG, Stern aaO., § 3, S. 22 ff. Vgl. neuerdings Weipert aaO., § 105, Anm. 27.

(66) Weipert Anm. 27. Stern aaO., S. 31. Über juristische Personen vgl. Moll in Holdheims Zeitschr. aaO., Bd. XIII, S. 151 ff.

Gründung der neuen oHG oder den Beitritt zu dieser unter ihrer eigenen Firma schliessen darf. Dagegen schliesst die weiteren Rechtsgeschäfte, die die umschliessende Gesellschaft betreffen, die andere neugebildete Gesellschaft unter ihrer eigenen Firma. Also ist es rechtlich betrachtet so, dass die oHG durch ihre Beteiligung an einer anderen oHG eben nicht, wie geltend gemacht wird, zwei Firmen führt, sondern die eine Firma von der umschlossenen, die andere von der umschliessenden oHG geführt wird.

2) Nach griechischem Recht kann die oHG, da juristische Person, Mitglied einer anderen oHG sein (67).

V. SONSTIGE PERSONENVERBÄNDE

1) Es ist unbestritten, dass eine Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts, wie schon betont, nicht Mitglied einer oHG sein kann, weil sie nach aussen hin nicht als geschlossene Einheit auftreten kann (68). Ebenso wenig kann ein nicht rechtsfähiger Verein die Gesellschafterstellung erwerben (69).

2) Die Erbengemeinschaft, als solche betrachtet, ist durch ähnliche Gründe von der Mitgliedschaft an einer oHG ausgeschlossen (70). Besteht eine Vereinbarung sämtlicher Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag selbst oder in einem späteren Zusatz, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, so treten, wenn mehrere Erben vorhanden sind, diese in vollem Umfang an die Stelle des Verstorbenen innerhalb der Gesellschaft (71).

Der Eintritt der Erben in die Gesellschaft, der ipso iure mit dem Erbfall erfolgt, beruht auf den Regeln des Erbrechts in Verbindung mit der durch Handelsrecht für zulässig erklärten, die Fortsetzung der Gesellschaft betreffenden Vereinbarung,

---

(67) Anastassiadis aaO., § 66, Fussnote 16. Karavas aaO., § 173, vgl. § 113 und die von ihnen angeführte Literatur.

(68) Hueck, Das Recht der oHG, S. 17; derselbe, Gesellschaftsrecht, S. 53. H. Lehmann aaO., § 18 III, 2. Wieland aaO., S. 830. Anastassiadis aaO., § 66 und alle Kommentare.

(69) Hueck, Das Recht der oHG, S. 17.

(70) Hueck, Das Recht der oHG, S. 17. H. Lehmann aaO., § 18 III, 2. Wieland aaO., § 61, S. 681. Weipert aaO., § 139, Anm. 25. Artur Nitzsche, Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit dem Erben eines Gesellschafters und dessen Rechtsstellung im Falle des § 139 HGB, insbesondere S. 51/52. Vgl. Achilles Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften, Leipzig, 1881, § 28. Anastassiadis aaO., § 66. Aus der Rechtsprechung vgl. BGH 22, 192 ff. RG 16, 56.

(71) Weipert § 139, Anm. 25.

nicht aber auf rein handelsrechtlichen Vorschriften (72). Nach §§ 1922, 1942 BGB und Art. 1710, 1846 AK in Verbindung mit der in § 139 HGB und 773 Satz 2 AK enthaltenen Ausnahme von der in § 131 Nr. 4 und Art. 773, 1 AK aufgestellten Regel der Unvererblichkeit der Mitgliedschaftsrechte, hat der Gesetzgeber im Gegensatz zum römischen Recht (73) den Eintritt in die Gesellschaft zugelassen. Demnach ist jeder Miterbe mit dem Tode des Erblassers ipso iure offener Handelsgesellschafter und haftet für die Gesellschaftsschulden gemäss § 128 HGB und Art. 24 EN unbeschränkt und persönlich (74).

Dadurch wird die Bestimmung der § 139, Abs. 1 und Art. 773, Abs. 2 verständlich wonach "jedem" Miterben unabhängig vom Verhalten der übrigen Miterben selbständig die Befugnis zusteht, die Rechte aus § 139 HGB geltend zu machen (75). Es ist also möglich, dass von mehreren Miterben der eine offener Handelsgesellschafter bleibt, der andere Kommanditist wird, und ein Dritter ausscheidet (76). Dagegen können die Erben in Form der Erbengemeinschaft nicht gemeinsam handeln (77), weil diese weder im Rechtsverkehr als geschlossene Einheit auftreten, noch eine unbeschränkte Haftung für ihre Mitglieder übernehmen kann (78). Ausserdem würde eine solche Annahme mit der Vertragsabrede, dass die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden solle, nicht in Einklang stehen.

Nach griechischem Konkursordnungssystem hat der Gemeinschuldner wahrend des Konkursverfahrens nicht das Recht, ein Handelsgewerbe zu betreiben (79). Dem-

---

(72) Nitzsche aaO., S. 38 und der von ihm erwähnte Sames, Die Rechtsstellung des Erben eines Gesellschafters im Falle des § 139 HGB. Diss. 1903, S. 37/38.

(73) Renaud aaO., § 28, S. 211.

(74) Nitzsche aaO., S. 52.

(75) Nitzsche aaO., S. 52. Nach griechischem Recht siehe Text der entsprechenden Artikel des AK. Der Erbe wird mit dem Erbfall ipso iure Gesellschafter der Gesellschaft und kann als solcher alle Rechte in Anspruch nehmen, nicht jedoch die des § 139 HGB; entweder nimmt er die Erbschaft an, dann wird er Gesellschafter, oder er schlägt sie aus, dann kann er aber nicht verlangen, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Vgl. Art. 773, Abs. 2 AK.

(76) Nitzsche aaO., S. 53.

(77) Weipert aaO., § 139, Anm. 25.

(78) Hueck, Das Recht der oHG, S. 28, 2 a. Vgl. die ständige Rechtsprechung seit der Entscheidung des RG 16, 56 in JW 12, 475[23], RG DR 1934, 1228, 6; RG 170, 394; BGH 22, 192. Vgl. Wieland aaO., § 61, S. 681. Weipert aaO., § 139, Anm. 25.

(79) Karavas Bd. II aaO., § 181 und Bd. I § 154 s. Art. 533 EN, jetzt Art. 2 Abs. 1 Gesetz Nr. 635/1937, das bestimmt, dass der Gemeinschuldner vom frühen

nach kann er nicht Teilhaber einer Gesellschaft sein, soweit diese seine Beteiligung ihm die Kaufmannseigenschaft bringen sollte, wenn er noch mit dem nach der Konkurseröffnung erworbenen Vermögen beteiligt sein will, dessen Verwaltung er gemäss Art. 2 Abs. 2 Verordnung Nr. 635/1937 hat.

Das Hauptcharakteristikum ist also hier, dass der Gemeinschuldner nicht die Kaufmannseigenschaft erwerben kann (80). Dies bedeutet, dass der griechische Gesetzgeber eine Art Geschäftsunfähigkeit (81) des Gemeinschuldners annimmt, so dass dieser die Fähigkeit verliert, Kaufmann zu werden. Es bedeutet jedoch nicht, dass es der Wille des Gesetzgebers war, ihm die allgemeine Geschäftsfähigkeit zu nehmen, dass heisst, er kann ebensogut wie vor seiner Konkurseröffnung Handelsgeschäfte betreiben, die ihm aber nicht die Kaufmannseigenschaft verleihen können; er kann z. B. Kommanditist einer Gesellschaft sein, weil nach griechischer Auffassung (82) der Kommanditist nicht Kaufmann ist.

Ebenso kann nach deutsch-griechischem Recht der Konkursverwalter weder mit dem seiner Verwaltung unterliegenden Vermögen noch für den Gemeinschuldner einer oHG angehören (83).

---

(79) Fortsetzung:
Morgen des Tages der Veröffentlichung des Konkursurteils im Gerichtssaal an ipso iure der Verwaltung (Verfügung und Verwaltung) des dem Konkurs unterliegenden Vermögens verlustig geht.

(80) Die Wiederherstellung kann gem. Art. 14, Gesetz Nr. 635/1937 erfolgen, wenn die dafür erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind.

(81) Nach französischem Recht ist die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners nicht vergleichbar mit der des griechischen Rechts, weil nach französischem wie nach deutschem Recht der Gemeinschuldner trotz der Eröffnung des Konkurses Mitglied einer oHG sein kann. Vgl. Lyon-Caen et Renault I, Nr. 334, VIII, Nr. 1049. Karavas Bd. II, § 181, S. 182. Gierke aaO., § 8, 76 und § 9 VI, 3 b.

(82) Karavas Bd. II, § 181, S. 181.

(83) Hueck, Das Recht der oHG, S. 17; Karavas aaO.

3. KAPITEL
Rechtsnatur der oHG

I. GESCHICHTE

Wie die rechtsgeschichtliche Entwicklung beweist, ist der rechtliche Charakter der Gesellschaften, wie wir ihn heute kennzeichnen, das Erzeugnis einer immer weiter vorgeschrittenen Bildungsstufe des Rechts (1). Zuerst ist an das Bild des Gemeinwesens und sonstiger öffentlich-rechtlicher Verbände zu erinnern, die wir seit jeher als selbständige Körperschaften mit eigenen Rechten und Pflichten, mit Rechts- und Willensfähigkeit anzusehen gewohnt sind, und dann an das Bild der privaten Verbände (2). Es kann nicht wundernehmen, wenn die Meinungen über das rechtliche Wesen der Handelsgesellschaften bis auf den heutigen Tag zwischen Vielheit und Einheit, Gesellschaft und juristischer Person schwanken(3). Eine feine und klare Darstellung des Einheits- und des Vielheitsgedankens ergibt sich aus den Institutionen der Universitas-societas einerseits und Körperschaft-Gemeinschaft zur gesamten Hand andererseits - Kennzeichen des unüberbrückbaren Gegensatzes zwischen deutschrechtlichen und romanistischen Auffassungen (4).

---

(1) Vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. III, 1, S. 365 ff. Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, Berlin 1949, S. 194 b. Hölder, Natürliche und juristische Person, 1905, S. 169 ff. Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, 1908, S. 74 ff. Ferner Wilamowitz-Moellendorff und Niese, Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer, Berlin, 1910, S. 47. Petropulos, Geschichte und Interpretation des römischen Rechts, Athen, 1944, S. 224 ff.

(2) Mitteis, Institutionen, 195. Petropulos aaO., S. 423. L. Schnorr von Carolsfeld, Zur Geschichte der juristischen Person, Bd. I, Universitas corpus, collegium im klassischen römischen Recht, München, 1933.

(3) Wieland aaO., § 35, S. 397. Eine weitere Betrachtung zur Rechtssubjektivität ist die Dreiteilung der Körper in σώματα ἡνωμένα (corpora unita, continua), σώματα συνημμένα (corpora connexa, composita) und σώματα ἐκδιαστῶτων (corpora ex distantibus). Über ihre Bedeutung und die verschiedenen Anschauungen vgl. O. v. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. III, S. 31 ff. Aristoteles, Polit. I c, 5 in Verbindung mit I c, 1 p. 1252 a und die gegen Gierkes Ansichten über die griechischen Ansichten zur Staatslehre und juristischen Person bei Wilamowitz aaO., S. 47 ff. (und Aufl. 1923, S. 50 ff.). Weiter Mariano San Nicoló, Ägyptisches Vereinswesen, München, 1915, Bd. II, 1, S. 199.

(4) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 12, 13 ff. O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 318. Genossenschaftsrecht, II, S. 329 III, S. 43 ff., 90 ff., 148. Vgl. dazu Mitteis, Privatrecht, aaO., S. 341 ff. San Nicoló aaO., Bd. II, 1, S. 174 und die unter der Fussnote 1 angeführte Literatur.

Ist einem Verbande Rechtsfähigkeit beigelegt worden, so wird darunter nach der bekannten romanistischen Annahme verstanden, dass rechtliche Beziehungen nur zwischen ihm und seinen Mitgliedern bestehen, nicht hingegen zwischen diesen selbst. Das Vermögen ist Vermögen des Verbandes selbst und nicht der Mitglieder, die Schulden des Verbandes sind seine Schulden, nicht die der einzelnen Rechtssubjekte. Die Gesamtheit ist als Einzelperson vermögensfähig, denn ihr Vermögen ist ein ihren Mitgliedern fremdes Vermögen - res aliena - ihre Schuld eine ihren Mitgliedern fremde Schuld. Ein Wechsel der Mitglieder berührt den Bestand des Verbandes nicht; er ist rechtsfähig und tritt als selbständiges Individuum in den Rechtsverkehr ein (5).

In ausgesprochenem Gegensatz zu diesen römischen Ansichten von der juristischen Person hat sich im deutschen Privatrecht durch die Ausbildung der Genossenschaft zur Körperschaft aus dem Gesamteigentum der alten germanischen Genossenschaft der komplexe Begriff des "korporativen Gesamteigentums" entwickelt (6). Die völlige Trennung der Rechtssphäre des Verbandes von der seiner Mitglieder gilt für sie nur, soweit der Lebensgehalt des Verbandes von den Mitgliedern getragen und immer neu geschaffen wird; das einzelne Mitglied lebt zwar in dem Verband, aber nicht minder lebt dieser in ihm, d. h. zwar stellt der Verband eine selbständige Einheit dar, die jedoch nicht vollständig verselbständigt ist (7), denn eine innige Verbindung zwischen den einzelnen Mitgliedern und dem Verband besteht durchaus (8), eine Verbindung, die ausserdem Dritten gegenüber in dieser Form nicht

---

(5) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 12. Mitteis usw., Institutionen, S. 200, insbesondere S. 201, der sagt: "Der rechtsfähige Verband ist eine neue, ganz andere Person, eine juristische Person, eine dritte Person neben und ausser den natürlichen Personen (den Mitgliedern)", und die in seiner Fussnote 8 zitierte Literatur. Wieland § 35, S. 397. Petropulos aaO., § 53. Die Trennung des Verbandes von seinen Mitgliedern ist folgendermassen von Ulpianus D. 3, 4, 7, § 1 ausgedrückt: "Si quid universitati debetur singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debet."

(6) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 317 ff. Genossenschaftsrecht, Bd. II, S. 325 ff., S. 893 ff., S. 908 ff. Privatrecht, Bd. I, S. 539 ff., S. 375 ff. Derselbe in Holzendorf, Rechtslexikon, Bd. I, S. 468 und 473. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 13. Vgl. Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, Gesellschaft und juristische Person in ZHR Bd. 30, S. 484 ff. Es ist nicht die Aufgabe dieser Arbeit, die verschiedenen Theorien über das Problem der juristischen Persönlichkeit erschöpfend darzustellen. Vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Tübingen, 1952, § 103, S. 398 ff.

(7) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 13.

(8) Vgl. Karl Haff, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Hamburg, 1927, Bd. I, S. 58 über "Gemeinschaft" und O. v. Gierke, Privatrecht, Bd. I, S. 80 und 678.

bestehen kann. Dieser Zusammenhang zwischen Verband und den jeweiligen Mitgliedern ist Inhalt des organischen (9) Lebens: es beweist zugleich, dass der Korporationsbegriff nicht völlig abstrakter Natur ist (10). Die Individualberechtigungen der Verbundenen am Verbandsvermögen werden anders als nach römischem Recht anerkannt. Das Vermögen als Sondervermögen gehört dem Verband, da dieser eine selbständige juristische Person ist. Es wird als selbständige Vermögensmasse vom Privatvermögen der einzelnen Mitglieder getrennt gehalten (11). Es ist nun aber keine Denknotwendigkeit, wie das römische Recht annahm, dass Eigentumsbefugnisse (12) der Verbundenen am Verbandsvermögen nur in der Form von Miteigentum (13) möglich seien, denn das deutsche Recht sieht durch die Rechtsform der

---

(9) Staudinger, Kommentar zum BGB, Bd. I (Einleitung) München-Berlin-Leipzig, 1935, und § 21 A, 3 ff. und Anm. 10 zu § 26 BGB. O. v. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. II, S. 938 ff. Laband aaO., S. 491 ff. Wieland aaO., S. 404. Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Bürgerliches Recht, Bd. I, 1, § 103 III, 2, der ausführt: "Über die juristische Konstruktion, die den Verein als gedachte Person von den Mitgliedern unterscheidet, vergisst sie, dass es doch nur die (organisierte) Mitgliedergesamtheit ist, die als Person gedacht wird ..."

(10) Eine Zusammenfassung der sog. Fiktionstheorie, der früher herrschenden romanistischen Theorie und der von O. v. Gierke vertretenen Rechtstheorie, die sog. germanistische Theorie, siehe bei Oertmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, S. 74. Vgl. Mitteis usw., Institutionen, S. 201, Fussnote 8. Wieland aaO., S. 401.

(11) Hueck, Genossenschaftsrecht, S. 13. Vgl. Laband aaO., S. 497.

(12) Die Rechte der Verbundenen am Verbandsvermögen bzw. Körperschaftsvermögen würden sich nach römischem Recht höchstens als "iura in re aliena" regelmässig, aber als blosses Forderungsrecht gegen die juristische Person darstellen; für die oHG nach romanistischen Rechten vgl. Lyon-Caen et Renault, Traité de Droit Commercial, Bd. II, 1, Paris, 1926, Nr. 108 ff. Alauzet, Soc. civ. et com., 3. Aufl., 1879, Nr. 471. Petrizi aaO., Bd. I, § 57 und zu früheren Ansichten Renaud, Das Recht der AG, Leipzig, 1875, S. 160, denn das deutsche Recht lässt aus der Struktur des deutschen Verbandsbegriffes - siehe O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 318. Genossenschaftsrecht, Bd. II, S. 329 und Bd. III, S. 43 ff. L. Mitteis usw. Institutionen, S. 196. San Nicoló, Ägyptisches Vereinswesen, Bd. II, 1, S. 174 ff. - nach welchem das Vorhandensein der genossenschaftlichen Elemente in Korporationsvermögensrechten zu finden ist, feststellen, dass die Beziehungen der Genossen zum Genossenschaftsvermögen einen - wie im Text weiter ausgeführt wird - individualrechtlichen Charakter annehmen.

(13) Engländer, Die regelmässige Rechtsgemeinschaft, Berlin, 1914, S. 104, der von einer "anteilsmässigen Zuständigkeit" der Rechtsanteile spricht.

"Genossenschaft" das Anteilsrecht (14) der einzelnen Verbundenen nicht als freien Bestandteil des eigenen Privatvermögens an (15). Das Verbandsvermögen erscheint als gemeinsames Vermögen des Verbundenen zur gesamten Hand (16); lediglich die Verwaltung und die Verfügung über das Vermögen ist dem Einzelnen entzogen und den Körperschaftsorganen vorbehalten. Die deutsche Genossenschaft bedeutet: gesamte Hand mit körperschaftlicher Verwaltung. Dagegen hat das römische Recht nicht nur im Hinblick auf die Verwaltung, sondern auch im Hinblick auf die Zuständigkeit das Vermögen zum Alleinvermögen des Verbandes gemacht.

Die römische societas (17) erzeugt nur Kontraktwirkung, d. h. sie schafft lediglich schuldrechtliche Beziehungen und zugleich Vertrauensverhältnisse unter bestimmten Personen, die durch gegenseitige Leistungen zu einem gemeinsamen Zweck verbunden sind (18). Sie erzeugt nur ein Innenverhältnis, d. h. sie hat keine organisatorische Wirkung (19), und sie erzeugt keine nach aussen als Einheit handlungsfähige (20) Gemeinschaft, d. h. den Dritten gegenüber ist sie nichts, der socius ist alles, die societas ist weder handlungs- noch vermögensfähig; sie darf selbst keine Prokura erteilen. Der socius bedarf für Rechtsgeschäfte im Namen aller Gesellschafter ihrer Bevollmächtigung, weil er gegenüber Dritten nur die socii und nicht die societas vertreten darf (21). Das Vermögen gehört den socii zu Bruchteilen gemeinsam (22), d. h. die Sache ist ungeteilt, aber das Eigentum an der gemeinsa-

---

(14) K. Haff aaO., Bd. I, S. 58, der sagt: Die jeweiligen Genossen sind nicht "anteilsmässig", sondern auf das Ganze berechtigt. Vgl. RGZ 94, S. 243.

(15) Die Rechte des Einzelnen, die sich auf das ganze Gemeinschaftsvermögen erstrecken, sind durch die Mitberechtigung der anderen Gemeinschafter eingeschränkt. Palandt, Einl. vor § 21, 1. Ferner Laband aaO., S. 470.

(16) Mitteis usw., Institutionen, S. 196. Vgl. oben S. 34 ff. und die in Fussnote 12 erwähnten Autoren.

(17) Über die geschichtliche Entwicklung der societas siehe B. Leist, Zur Geschichte der römischen societas, Jena, 1881. Wieacker, Societas, Weimar, 1916. Mitteis usw., Institutionen, S. 435 ff. E. Weiss, Institutionen, S. 413 ff., 2. Aufl. Stuttgart 1948.

(18) Sohm, Institutionen des römischen Rechts, 4. Aufl., Leipzig, 1891, S. 293. Mitteis usw., Institutionen, S. 436. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 12. Renaud KG aaO., § 155, S. 101.

(19) Mitteis usw., Institutionen, S. 436. Vgl. Wieland aaO., 479/480.

(20) Petrizi aaO., Bd. I, § 62, S. 67. Petropulos aaO., S. 846. Mitteis usw., Institutionen, S. 208. Sohm, Institutionen, S. 293. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 61.

(21) Tzirindanis aaO., Bd. II, § 61, II, 8. Mitteis aaO., S. 208.

(22) Mitteis usw., Institutionen, S. 437 und 447. Bei der Erbengemeinschaft, der Vorläuferin der späteren Erwerbsgesellschaft, wissen wir von der Rechtsstellung dieser societas nur, dass die Freilassung eines gemeinsamen Sklaven durch je-

men Sache ist in mehrere selbständige Teileigentumsrechte zerlegt. Dadurch kann jeder socius über seinen Bruchteil frei verfügen, ohne die Genehmigung der übrigen socii. Die socii sind einander zum gesellschaftsmässigen Gebrauch der Verfügungsmacht nur obligatorisch (23) verpflichtet, d. h. es steht kein selbständiges Gesellschaftsvermögen gutgläubigen Dritten gegenüber. Schliesslich hatte der Tod eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft zur Folge (24). Unter den römischen societas-Arten gibt es die societas "quaestus", die die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschafter in ihrem ganzen Umfang umfasst (Errungenschaftsgesellschaft).

Es wird von manchen behauptet, dass bei einigen Arten der römischen societas, wie z. B. der societas publicanorum, die den Collegia, Corpora gleichgestellt wird, die juristische Person anerkannt war, weil sie auch juristische Personen waren (25).

Neuerdings wird in der französischen Jurisprudenz die Frage aufgeworfen, ob der Gesellschaft des Zivilrechts, die völlig auf der Entwicklung der römischen societas basiert, die juristische Person beizulegen ist. Die Frage wird verschieden beantwortet. Manche der älteren Autoren (26), die sich auf die Art. 1845, 1846, 1851, 1859 und 1867 Code Civil berufen, bejahen, andere (27), deren Behauptungen auf der römischen societas und den Art. 1862, 1863 und 1864 Code Civil basieren, verneinen mit Recht die juristische Person der societas civiles. Ausnahmsweise ist die

---

(22) Fortsetzung:
den Berechtigten, und zwar ohne Einverständnis oder Hinzuziehung der anderen Berechtigten möglich war, ferner, dass auch eine Veräusserung von res mancipii, die zum gemeinsamen Vermögen gehören, nach einer sehr glaubhaften Ergänzung des Gaiustextes durch jeden einzelnen Gesellschafter erfolgen konnte, d. h. den Erwerber zum Eigentümer machte. Siehe E. Weiss, Institutionen, § 106, S. 384 ff. So ergibt sich, dass der Widerspruch auch nur eines Gesellschafters bei der Freilassung oder beim Emanzipationsakt das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes verhinderte.

(23) Mitteis usw., Institutionen, S. 436. Tzirindanis Bd. II aaO., § 61 II, 4: Der Dritte kann gegen die nicht am Vertrag beteiligten socii nur mit der actio de in rem verso vorgehen.

(24) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 13. Tzirindanis Bd. II aaO., § 61 II, 5. Der Tod und die capitis deminutio maxima und media hat die Auflösung der Gesellschaft zur Folge.

(25) Petrizi aaO., Bd. I, § 62 und die von ihm angeführte Literatur.

(26) Pardessus Nr. 975 und 976. Delangle § 18. Troplong § 59 in Petrizi Bd. I, § 63.

(27) Pont Nr. 125 und 126. Lyon-Caen Nr. 290 in Petrizi aaO., § 63.

juristische Person allgemein den "sociétés civiles à forme commerciale" beigelegt (28).

Gegenüber dieser rein individualistischen und absolutistischen Annahme des römischen Korporations- und Gesellschaftsbegriffs beruht das Wesen des deutsch-rechtlichen Genossenschaftsbegriffs zur gesamten Hand auf dem Gedanken der vermögensrechtlichen Wirksamkeit einer personenrechtlichen Gemeinschaft (29). Die Konstruktion der Gemeinschaft zur gesamten Hand ist schwierig; sie ist kein besonderes Rechtsinstitut, sondern ein germanisches Rechtsprinzip, das eine Fülle von Rechtsinstituten beherrscht (30). Jene früheren Untersuchungen und Erörterungen werden noch in Otto von Gierkes Grundwerken (31) deutlich erkennbar (32). Von Gierkes Vorstellung geht von den germanischen Rechtsideen aus, die von dem römischen Recht erheblich abweichen. In ihr wird der Gegensatz zwischen den Sonderinteressen der einzelnen Gemeinschafter und den Sonderinteressen der Gemeinschaft zu Gunsten der letzteren ausgeglichen (33), oder, um Gierkes eigene Worte zu gebrauchen: "Die Gesamtheit ist Einheit und Vielheit zugleich, und so ist auch ihr Recht ein zugleich einheitliches und vielheitliches Gesamtrecht..." (34), d. h. die durch ein Rechtsband vereinigten Gesellschafter bilden in sich - insgesamt - eine Einheit, die zwar nicht ein von jenem verschiedenes Rechtssubjekt darstellt, welches als solches, als Verbundenheit, als ein blosses Rechtsverhältnis zwischen

---

(28) Petrizi aaO., Bd. I, §§ 53 und 63. Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts, Freiburg, 1894, S. 139 ff. Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. I, Frankreich - Code Civil..., 1932, S. 613 ff. Siehe nach griechischem Recht, der ähnlich anerkannt hat, Art. 784 AK.

(29) O. v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie usw., S. 353.

(30) Vgl. K. Haff, Institutionen, Bd. I, S. 58 ff. und die von ihm angeführte Literatur. Grundsätzlich hat sich die Gemeinschaft zur gesamten Hand aus der Hausgemeinschaft entwickelt, siehe Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 14. Karavas aaO., Bd. II, §§ 96, 97. Es ist neuerdings die Ansicht vertreten worden, dass durch das neue italienische Bürgerliche Gesetzbuch, in Geltung seit 1942, zuerst die Gesamthandstheorie in das Leben der Personalgesellschaften hineingetreten ist. Vgl. Brunetti Tratt. del dir. delle società, 2. Aufl., 1948, Bd. I, Nr. 56, S. 164. Diese Ansicht wird von der herrschenden italienischen Lehre jedoch nicht geteilt. Vgl. Karavas aaO., Bd. II, § 86 und die dort erwähnte Literatur.

(31) Genossenschaftsrecht, 3 Bände, Bd. I Berlin, 1868, Bd. II, 1873 und Bd. III, 1881 und die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.

(32) Laband, Beiträge, S. 484. Walter Hamel, Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft, Bonn, 1928, S. 8. Karavas aaO., Bd. II, §§ 96, 97, S. 94 ff.

(33) H. Lehmann aaO., § 2 II, 2.

(34) O. v. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. II, S. 48.

einer Personenmehrheit, als lebendiges Etwas und nicht als ein besonderes Rechtswesen im Verkehr aufzutreten vermag (35). Diese personenrechtliche Verbundenheit ist in Wirklichkeit "der rechtliche Kern des Wesens" der gesamten Hand, nicht nur ein begriffliches Erfordernis derselben (36), sie, die Gesellschafter als subjekte, sind der entscheidende Träger aller gemeinschaftlichen Rechtsverhältnisse (37). Im Gegensatz zur societas, die, wie schon dargestellt, als blosses obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen den socii bezeichnet wird, ist nicht jeder Gesellschafter einzeln berechtigt und verpflichtet, sondern nur den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit stehen Rechte und Pflichten zu (38). Der Personeneinheit entspricht eine Vermögensgemeinschaft, die vom Privatvermögen der einzelnen getrennt ist und allen Gesellschaftern "zur gesamten Hand" zusteht (39). Infolgedessen darf nicht jeder einzelne Genosse über seinen ideellen Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen selbständig verfügen, denn das Gesellschaftsvermögen erscheint als eine einheitliche Masse, in der sein Anteil so gebunden ist, als habe er überhaupt keinen Anteil (40).

II. RECHTSNATUR

1) Deutsches Recht

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dies Gesamthandsprinzip, das die offene Handelsgesellschaft beherrscht und über ihr Wesen entscheidet, dem Handelsrecht entlehnt (41). Es hat ihn für die Gesellschaft allerdings ausdrücklich anerkannt, aber dadurch ist der alte Streit über ihr Wesen von Gesetzesseite nicht entschieden (42).

a) Personenrechtlicher Verband

Im Sinne des § 705 BGB beruht die Gesellschaft auf einem Vertrag, durch den sich die Gesellschafter gegenseitig zur Erreichung eines von ihnen bestimmten Zieles

---

(35) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 453. Vgl. Hamel aaO., S. 8.
(36) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 452.
(37) K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, besonderer Teil, München und Berlin, 1960, § 56 IV, S. 250. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 14.
(38) Larenz aaO., Bd. II, § 56 II, IV a, S. 250. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 14 und 17. Vgl. Wieland aaO., S. 407. K. Lehmann aaO., § 45 III, S. 238.
(39) Larenz aaO., Bd. II, § 56 II, IV a, S. 251. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 14.
(40) Larenz aaO., Bd. II, § 56 IV a. Derselbe Abhandlung in Iherings Jahrbuch 83, 108, besonders S. 146 ff.
(41) Johannes Lessin, Die Rechte der Gläubiger einer offenen Handelsgesellschaft, Greifswald, 1911, S. 11. Vgl. Gierke, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 114.
(42) Lessin aaO., S. 13.

verpflichten und verbinden (43). Es gibt eine Reihe von Eigentümlichkeiten, die die Gesellschaft nicht nur wie die societas als ein lediglich obligatorisches Rechtsverhältnis, sondern als eine personenrechtliche Einheit zeigt. Hier ist vor allem § 709 BGB zu erwähnen, nach welchem die Führung der Geschäfte der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht (44); sodann bilden nach § 718 BGB die Beitrage der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschaft, das sog. Gesellschaftsvermögen (45). Weiterhin kann nach § 719 BGB kein Gesellschafter über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazugehörigen Gegenständen verfügen (46). In diesen Zusammenhang gehören auch die Vorschriften der §§ 714, 716 BGB. Alle diese Angelegenheiten, die sich aus der Verfolgung des Gesellschaftszweckes ergeben, sind nicht nur Angelegenheiten jedes einzelnen Gesellschafters, sondern gemeinsame Angelegenheiten aller Gesellschafter (47). Das aber bedeutet, dass die Gesellschaft nicht nur ein Schuldverhältnis unter den Gesellschaftern ist, sondern zugleich eine sozialrechtlich gebundene Personengemeinschaft ist, die als organisierte Gesamtheit von ihren einzelnen Mitgliedern - auch von ihrer Summe - zu unterscheiden ist (48). Somit zeigt sich die Gesellschaft des BGB als eine deutsch-rechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand.

b) Gesamthandgemeinschaft

Diese Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts ist das Vorbild (49) der nicht körperschaftlich organisierten Gesellschaften, insbesondere der oHG. Wenn die im ersten Kapitel dieser Arbeit angeführten Momente zusammentreten, liegt eine oHG vor. Sie ist im Sinne des Handelsgesetzbuches (50) und nach herrschender deutscher Lehre (51) und Praxis (52), wie es vielmals erwähnt wurde, eine Gesellschaft, eine Handelsgesellschaft, eine durch Vertrag erfolgte Vereinigung jener Mehrheit

---

(43) § 705 BGB. Larenz aaO., Bd. II, § 56 I, S. 236. Lessin aaO., S. 15. Vgl. Renaud aaO., § 15, S. 101. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 21.

(44) Larenz aaO., § 56 III a. Lessin aaO., S. 15. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 34.

(45) Larenz aaO., § 56 IV b, 1, 2.

(46) Lessin aaO., S. 15.

(47) Larenz aaO., § 56 I c.

(48) Larenz aaO., § 56 I c, S. 240. Vgl. in meinem 1. Kapitel S. 8, 12 und die dort erwähnte Literatur.

(49) Larenz aaO., § 56 I ff.

(50) § 105 HGB.

(51) Hueck, Das Recht der oHG, § 3. Derselbe, Gesellschaftsrecht, S. 54. K. Lehmann § 45 III. Hamel aaO., S. 5 ff. Düringer-Hachenburg aaO., § 105, Anm. 13. Staub aaO., § 105, Anm. 28. Lessing aaO., S. 13

(52) RG Bd. 136, S. 270 und 402, Bd. 165, S. 203.

von Personen und von Vermögensgegenständen, die der deutschen Personen- und Vermögensverbandsidee, der deutschen Genossenschaft - "Einheit und Vielheit in ihr sind nicht schlechthin nur Gegensätze, sondern zugleich Korrelate und bilden und beschränken sich gegenseitig" (53) - am besten entspricht. Sie tritt unter einheitlicher Firma im Verkehr als geschlossene Einheit mit Rechts- und Vermögensfähigkeit auf, ohne sich jedoch von ihren Mitgliedern scheiden zu müssen und ohne ihr Vermögen vom Privatvermögen ihrer Mitglieder völlig getrennt zu halten; es gilt unbeschränkte Solidarhaftung aller Gesellschafter. Insgesamt erscheint sie als eine Gesellschaft zur gesamten Hand, die sich der juristischen Person stark nähert (54), ohne selbst eine juristische Person zu sein (55). Die unbeschränkte solidarische Haftung der Mitglieder für die Gesellschaftsschulden ist das entscheidende Merkmal gegen die Annahme einer juristischen Person (56). Es gibt kein selbständiges (57) Gesellschaftsvermögen, weder aktives noch passives, sondern "ein im Bereich und für die Dauer der gesellschaftlichen Verbundenheit verselbständigtes Gemeinschaftsvermögen" (58). Die Pole, die entscheidend sind für das Rechtswesen der oHG, sind die Rechtsformen der juristischen Person einerseits und Gesellschaft zur gesamten Hand andererseits. Stimmt man damit überein, dass die oHG keine juristische Person ist (59), so hat es keine Bedeutung, wenn man dieselbe als sog. relative juristische Person oder ähnlich (60) bezeichnen will, weil hier-

---

(53) Laband aaO., S. 488. Vgl. auch die in seiner Fussnote 22 angeführte Literatur.

(54) Hueck, Das Recht der oHG, § 3 IV, S. 21.

(55) Jaeger, Die oHG im Zivilprozess, Leipziger Festausgabe für Sohm, 1915, S. 16. Sie unterliegt daher auch nicht der Körperschaftssteuer, nur die einzelnen Gesellschafter sind einkommenssteuerpflichtig (EinkStG § 7, Ziffer 3).

(56) Laband, Beiträge, S. 519.

(57) Laband, Beiträge, S. 519. Das Aktivvermögen bestimmt sich nach den Einlagen der Gesellschafter (§ 705 BGB) und nach den Ergebnissen des Gesellschaftsbetriebes (§ 124 HGB).

(58) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 494.

(59) Vgl. die von Laband, Beiträge, S. 519 in Fussnote 62 wie auch noch die in meiner Fussnote 51 angeführte Literatur.

(60) Ältere Literatur siehe bei Laband, Beiträge, S. 519, neuere bei Gareis, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 130 ff. Jaeger, Die oHG, S. 16, im Zivilprozess, der von einer "Mittelstufe der Rechtsfähigkeit zwischen Individuum und juristischer Person" spricht. Wieland aaO., S. 425, der ausführt: "So lässt sich das Ergebnis der neueren Rechtsentwicklung zusammenfassen. Sind Gesellschaften, insofern sie sich auf Vertrag gründen, Gemeinschaften zur gesamten Hand, insofern ihr Vermögen das der Mitglieder ist, juristische Personen insoweit sich nach aussen nach gewissen Richtungen hin nach Art selbständiger Rechtsträger rechtlich behandelt werden." Hamel aaO., S. 34, der meint, dass "die allein denkbare Lösung diese ist: Die oHG erwirbt als Subjekt Rechte und geht

durch nichts ausgesagt wird, was zur juristischen Charakteristik beiträgt (61).

Stellt man sich gegen die herrschende Lehre, ausgehend von praktischen Erwägungen, dass die oHG juristische Person ist, wie es zuweilen geschieht (62), müsste man mit dem Gesetz (63) und dem Gepräge (64) der deutschen Genossenschaftsidee zusammenstossen, weil eine solche Annahme unbewusst in die Sphäre des ADHGB führt, das "ein ihm vielfach fremdartiges bürgerliches Recht vor sich hatte und deshalb einer oft von Grund aus selbständigen Gedankenbildung bedurfte, hingegen steht das neue Gesetz einem ihm mannigfach angeglichenen, mit einer Fülle erst

---

(60) Fortsetzung:
als Subjekt Verbindlichkeiten ein, aber die Rechte, die sie erwirbt, fallen grundsätzlich (§ 105 HGB) den Gesellschaftern zur gesamten Hand und die Verbindlichkeiten, die sie eingeht, treffen grundsätzlich (in einer noch näher zu untersuchenden Weise) die Gesellschafter." Seine Meinung nähert sich der Huecks. V. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin, 1958, S. 169: "Es ist aber zu beachten, dass die oHG eine sehr stark ausgeprägte Gesamthandelsgesellschaft ist und dass der Gegensatz zur sog. juristischen Person nicht überspitzt werden darf."

(61) Laband, Beiträge, S. 519.

(62) Kohler, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 34, S. 459 ff. Dagegen Karl Lehmann, ebenda S. 462; dagegen wieder Kohler, Arch. Bürg. R. Bd. 40, S. 229 ff. und wiederum Karl Lehmann in Lehmann-Ring, 2. Aufl., S. 382 sowie ZHR 78, 306 ff. Gegen Kohler auch Jaeger aaO., S. 1 ff. Kohler behauptet, dass die oHG eine juristische Person ist mit dem Grundsatz, dass der Grundsatz, die oHG sei nur eine Gesellschaft, von so vielen Ausnahmen durchbrochen werde, so dass die juristische Schönheit darunter leide. Siehe Hamel aaO., S. 9 ff.

(63) Hamel aaO., S. 9/10.

(64) Ihre Einflüsse zeigen sich in der französischen Jurisprudenz. Vgl. Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, Paris, 1925, Nr. 288. Das italienische Bürgerliche Gesetzbuch von 1942 Art. 2247-2510 bekennt sich mit der società semplice zur Gesamthand (mano unita). Vgl. V. Vitale, Contro la personalità giuridica delle società personali, in Riv. Dir. Comm., 1951, Bd. I, S. 114 ff. Im griechischen Recht ist in Art. 40 AK. der Rechtsgeschäfte einer juristischen Person regelt, die sog. Organtheorie verankert. Die Vorschriften über die Gesellschaft, insbesondere die Art. 748 ff. über Geschäftsführung der Gesellschaft, Art. 758 AK über Rechte auf die Beiträge und die erworbenen Gegenstände, Art. 761 AK über Nichtübertragbarkeit des Gesellschaftsanteils finden auf die oHG Anwendung und entsprechen dem Sinn der Gesamthand.

ihm entlehnter Gedanken durchtrankten bürgerlichen Rechte gegenüber" (65), was gerade auch für die Rechtsnatur der oHG gilt. Ausserdem, trotz der Folgerichtigkeit dieser Argumentation, erscheint sie nicht genügend begründet (66). Wie schon mehrfach erwähnt, herrschen in den romanistischen Ländern, im Gegensatz zum deutschen Recht, Auffassungen über Personen- und Vermögensbegriffe, getragen vorwiegend durch rechtsgeschichtliche Gründe (67), vor, nach denen in allen Ländern (68) die Personengesellschaften - ausgenommen die Gesellschaft des

---

(65) Gierke, Handelsgesellschaft und bürgerliches Recht, im Arch. für Bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 114.

(66) Hamel aaO., S. 9.

(67) Ch. Lyon-Caen et L. Renault, 1901 (griech. Übersetzung), Bd. II, S. 105 sagt: "Wie es scheint, wurde die Idee der juristischen Person in den italienischen Handelsstädten im 12. Jahrhundert anerkannt. In der Genuasammlung (Rote de Gênes) wird über Handelsgesellschaften gesagt: 'Societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum'. Diese Gesellschaft wurde als logisches Wesen betrachtet, das Dinge besitzt und Rechte und Pflichten zu haben vermag." Weiter erwähnt er, dass in der Sitzung der Staatsratsversammlung der 20. Vendemimaire im Jahre XII (13. Okt. 1908) der Bérenger sie als eine moralische Person bezeichnet. In der Sitzung der 3. Brumaire im Jahre XII (27. Okt. 1803) hat Theilhard erklärt, dass bei dieser Gesellschaft eine fictio iuris besteht. In den Vorbereitungen zu den Arbeiten des Entwurfs der ZPO Art. 69, 6 hat das Tribunat gesagt: "Der Sinn des Gesetzes muss ergeben, dass die Zustellungsurkunde der juristischen Person selbst zugestellt wird (être moral et collectif), nicht den einzelnen Gesellschaftern.

(68) Heutzutage ist noch die französische Jurisprudenz der juristischen Person des Gesellschafters treu geblieben. Ripert, Traité élém. de droit commercial 1948, Nr. 591, der noch auf seine Monographie verweist: Aspects juridigues du capitalisme moderne, 1946, Nr. 30 ff., Nr. 146 ff. Er sagt folgendes: "Es ist nicht der grundlegende Unterschied zu vergessen, der die Persönlichkeit der Gesellschaft von der des Individuums trennt. Die Gesellschaft hat keine Seele, die Gesellschaft kennt nicht Empfindsamkeitsgefühle, das gereicht ihr nur zum Vorteil. Ihr einziger Zweck ist die Gewinnerzielung. Sie bringt zu dieser Erzielung die Überlegenheit mit, die ihr ihre Unempfindlichkeit gegenüber dem menschlichen Wesen Personen zu schaffen, die sich ausschliesslich vom Spekulationsgeist leiten lassen. Die Stellung der Handelsgesellschaften im mordernen Wirtschaftsleben ist eins von den mehr schlagzeilenartigen Charakteristika des mordernen Kapitalsystems". Vgl. die von Karavas aaO., Bd. II, § 97; Petrizi aaO., Bd. I, §§ 55 ff.; Anastassiadis aaO., § 66 darüber angeführte französische Literatur noch die von Wieland aaO., § 35, S. 398. Ital. cod. de comm. 1882, Art. 77. Port. cod. comm. Art. 108, span. cod. de comm., Art. 116, belgischer cod. de comm. Art. 2.

bürgerlichen Rechts, die Reederei und die stille Gesellschaft - juristische Personen darstellen.

2) Griechisches Recht

Dazu gehört auch Griechenland. Noch vor der Einführung des AK hat die herrschende Lehre und Praxis die oHG als juristische Person anerkannt (69). Doch gab es damals einen gewissen Streit über die Rechtsnatur der oHG. Manche haben, durch deutsche Einflüsse der Genossenschaft, behauptet, dass die oHG keine juristische Person ist (70). Dies hat jedoch keinen bedeutenden Anklang in der Rechtswissenschaft gefunden. Schon nach dem Inkrafttreten (71) des neuen griechischen bürgerlichen Gesetzbuchs wurde zwar mittelbar, aber klar und ohne Zweifel bestimmt, dass die Personengesellschaften, insbesondere die KG (72) und oHG, über die der Fall hier vorliegt, juristische Personen sind (73). Der Art. 784, Abs. I AK, der den Handelsgesellschaften die Eigenschaft juristischer Personen zuerkennt, spricht nur über die Persönlichkeit der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft: "Eine Gesellschaft im Sinne des vorliegenden Kapitels erlangt, sofern sie einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, juristische Persönlichkeit unter Beachtung der zu diesem Zweck für die offene Handelsgesellschaften im Gesetze vorgeschriebenen Öffentlichkeitsbestimmungen" (74). Darin erschöpft sich indessen die Persönlichkeit aller Personengesellschaften, deren wichtigste die oHG ist. Umso unzweifelhafter wird daher durch die Vorschrift festgestellt, dass die oHG den Rechtscharakter der juristischen Person hat. Ausserdem überzeugt uns eine Reihe von Bestimmungen sowohl des EN als auch der ZPO, welche das Bollwerk der herrschenden Lehre (75) vor dem Inkrafttreten des AK war, dass die oHG als juristische Person anzuerkennen ist.

a) Doch spricht gegen jene Bestimmung der deutschen ZPO § 17, Abs. I (76), dem-

---

(69) Petrizi aaO., Bd. II, §§ 55 - 63. Anastassiadis aaO., §§ 66 ff. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 72.

(70) Petimezas aaO., Bd. II, 1926), § 77 und A. Schwolos, Das Koalitionsrecht, Athen, 1915, S. 12. Fussnote 16. Sie haben erfolglos wie Thaller-Parcerou, Traité élém. de droit comm., 5. Aufl., Nr. 283 ff. versucht, die deutsche oHG in eine Gesellschaft zur gesamten Hand umzudeuten.

(71) Siehe in meinem 1. Kapitel Fussnote 10.

(72) Karavas, Allgemeine Lehre, § 100. Monferatos, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, § 77, S. 222. Livadas in Oikonomidi-Livada, Zivilprozessordnung, § 32, Fussnote 2 a, haben die juristische Person an der KG verneint.

(73) Karavas aaO., Bd. II, § 96 ff.

(74) Siehe Art. 784, Abs. I AK und Tzirindanis aaO., Bd. II, § 72.

(75) Anastassiadis aaO., § 66.

(76) Siehe Jaeger aaO., S. 16, Fussnote 16. Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, München und Berlin, 1956, 7. Aufl., §§ 34 I, 2; 42 II, 3. Lessin aaO., S. 43.

zufolge sich der allgemeine Gerichtsstand durch den Sitz bestimmt, die entsprechende Bestimmung der griechischen ZPO § 17, Abs. 4 (77), die ausdrücklich sagt: "Wegen des allgemeinen Gerichtsstandes gehören ..... 4) die Handelsgesellschaften zum Gerichtsort, in dessen Bereich ihre Verwaltung existiert." Die Wendung des deutschen Gesetzestextes "Gesellschafter, welche als solche (78) verklagt werden können", ist auf griechischer Seite nicht anzutreffen.

Kennzeichen des Meinungsstreites über die Rechtsnatur der oHG sind die verschiedenen Umschreibungen als Gemeinschaft der Mitglieder, die Gemeinschaft, die nicht die Summe der einzelnen ist, die Gesellschaft, die keine juristische Person ist, die aber die Stellung einer solchen hat, solange sie besteht, die Gesellschaft, die sich der juristischen Person nähert, wenngleich sie keine ist, sondern nur formell eine Einheit darstellt, unter der sie gerichtlich auftritt. Damit hängt zusammen, dass die Gesellschaft ihren ordentlichen Gerichtsstand bei dem Gericht hat, in dessen Bezirk sich ihr Sitz befindet. Dieses ist dort anzunehmen, wo ihre Verwaltung geführt wird (79). Demgegenüber nimmt die griechische Rechtslehre in diesem Falle an, dass nach dem Sinn dieser Gesetzesbestimmung die juristische Person der oHG mit umfasst wird, die am Ort ihres Sitzes einen allgemeinen Gerichtsstand haben muss (80).

b) Wie sich aus Art. 526 und 545 EN ergibt, ist die Gesellschaft allgemein konkursfähig (81). Ähnlich bestimmt die deutsche KO in § 209, dass über das Gesell-

---

(77) Karavas aaO., Bd. II, § 99 a. Wo der Sitz der juristischen Person sich befindet, ist nach Art. 64 AK geregelt.

(78) Es ist wie in § 124, Abs. 1 HGB nicht gesagt, ob sie juristische Person ist oder nicht. Dadurch wird von deutscher Seite weiter behauptet, dass diese Ausdrucksweise "als solche" nicht dieselbe Bedeutung hat wie die früheren im § 210 Abs. i HGB. Vgl. Jaeger aaO., S. 16, Fussnote 24.

(79) Jaeger, Die oHG im Zivilprozess, S. 16, Fussnote 24. Renaud, Das Recht der KG, S. 355. Hueck, das Recht der oHG, § 8 I, 5, S. 62. Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, München und Berlin, 1956, 7. Aufl., § 34 I, 2 und § 42 II, 3, sowie § 17 ZPO in Verbindung mit § 124 HGB.

(80) Griechische ZPO Art. 17, Abs. 4. Karavas Bd. II, §§ 99, 123, 124. Tzirindanis Bd. II aaO., § 72. Petrizi aaO. . Bd. I, §§ 55, 223 ff. Er beruft sich besonders auf das belgische Recht (Art. 2), das bestimmt, dass die Gesellschaften juristische Personen und damit prozessfähige Persönlichkeiten darstellen, die etwas anderes sind als die Summe der Gesellschafter. Der Aatz "individualité juridique" ist dem französischen "Personne civile" oder "morale" gleichzusetzen.

(81) Es ist hier nicht anders als bei den natürlichen Personen, die Handel betreiben. Auch die Gesellschaften in ihrer juristischen Konstruktion sind von dem

schaftsvermögen ein selbständiges Konkursverfahren eröffnet werden kann. Das ist eigentlich die logische Konsequenz, dass die griechische Lehre (82) die oHG als juristische Person, die deutsche (83) sie nach aussen als eine selbständige Einheit betrachtet.

c) Es darf aber nicht ausser Acht gelassen werden, dass wenn von den Rechtsverhältnissen der oHG zu dritten Personen im Gesetz gesprochen wird, dies in verschiedenem Sinne gemeint sein kann: es kann die Gesellschaft als Kollektivbegriff - wie von deutscher Seite angenommen wird - oder als e i n e Person - so die griechische Auffassung - verstanden werden. So wird man die Ausdrucksweise: "Die Gesellschaft wird vertreten" (84) von deutscher Seite als Kollektivbegriff - die Gemeinschaft sämtlicher Gesellschafter - oder von griechischer Seite als Einheitsbezeichnung - die Gesellschaft als juristische Person - verstehen können. Die griechischen Ansichten stimmen darin überein, dass, wo das Gesetz bestimmt: "Die Gesellschaft wird vertreten", die Konstruktion der juristischen Person der oHG gemeint ist (85).

d) Doch machen darüberhinaus die griechischen Autoren, die der Personifikationstheorie anhängen, geltend, dass die oHG in ihrer Konstruktion als juristische Person selbständig vermögensfähig ist (86). Das Gesetz spricht in Art. 22, 28 und

---

(81) Fortsetzung:
Moment an, in dem sie zahlungsfähig werden, notwendig konkursfähig. Petrizi aaO., Bd. I, § 243.

(82) Karavas aaO., Bd. II, § 99 ff.

(83) Hueck, Das Recht der oHG, § 21 I.

(84) HGB § 125. EN Art. 43.

(85) Karavas aaO., Bd. II, § 99. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 72.

(86) Alleineigentümer des Gesellschaftsvermögens ist die juristische Person der Gesellschaft. OLG Athen Nr. 1720/1901 in Zeitschr. Themis IΓ, S. 407. Areiopag 192/1924 in Zeitschr. Themis ΑΦ 38. OLG Athen 458/1924 in Zeitschr. Themis ΛΦ 151. Lyon-Caen et Renault (Amiand) II, Nr. 107. Karavas aaO., Bd. II, § 107. Die Franzosen sagen dazu, dass die Gesellschafter der Gesellschaft Gläubiger ihres Beitragsanteils sind. Es gibt kein Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand. Vgl. die von Petrizi angeführte französische Literatur. Petrizi aaO., Bd. I, § 57. Es gibt kein dingliches Anteilsrecht der Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen, sondern nur eine "créance éventuelle" oder "indeterminée" oder "diritto condizionale di credito" oder "ein obligatorisches Recht sui generis". Vgl. Pic es Kréher Bd. I, Nr. 220. Vivante aaO., Bd. II, Nr. 304. Krokidas aaO., §§ 264, 268. Areiopag 54/1944. Zeitschrift EEN (Zeitschrift griechischer Juristen) ι ß S. 22. Lyon-Caen et Renault (Amiand) Bd. II, Nr. 141, 143. Über die Konsequenz der Annahme, dass die oHG eine juristische Person darstellt, siehe Karavas §§ 106 ff.

627 EN von "Pflichten", von "Schulden", von einem "Eigentum", einem "Vermögen", der Gesellschaft. Da nach Massgabe der überwiegenden griechischen Auffassungen der Ausdruck "Gesellschaft" von einem Begriff der Einheit ausgeht, ist die oHG notwendigerweise als ein selbständiges Wesen anzunehmen.

4. KAPITEL
Der Gesellschaftsvertrag und seine Mängel

1) Grundsatz der Vertragsfreiheit

Der Gesellschaftsvertrag unterliegt wie jeder privatrechtliche Kontrakt dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Beteiligten können im Prinzip vereinbaren, was sie wollen. Im Innenverhältnis sind der Willkür und Phantasie keine Schranken gesetzt, es sei denn die allgemeine Schranke, dass die Vereinbarung nicht gegen die guten Sitten verstossen darf, § 138 BGB. Die Rechtsregeln des HGB sind dispositiv; sie gelten also nur, wenn durch den Gesellschatfsvertrag nichts anderes bestimmt ist.

Was das Aussenverhältnis betrifft, so gilt auch hier der Grundsatz der Vertragsfreiheit; allerdings sind enge Schranken da gezogen, wo das Interesse der Verkehrssicherheit berührt wird. So sind die Vorschriften über die Vertretung und Haftung zwingend (§§ 126, 128 HGB und Art. 22 EN).

2) Form des Gesellschaftsvertrages

Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages als solcher ist grundsätzlich sowohl nach deutschem als auch nach griechischem Recht an keine Form gebunden (1). Er kann

---

(1) Hueck, Das Recht der oHG, § 6, III, 1. Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 78, 2 a. Gierke aaO., § 32 I, 1 a. K. Lehmann aaO., § 46, 1 und Fussnote 1. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 65. Streit herrscht von jeher sowohl im französischen als auch im griechischen Recht darüber, welche Bedeutung den betreffenden Bestimmungen des Art. 39 Cod. Comm. und des EN mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Interpretation beizumessen ist. "Die offenen Handelsgesellschaften ... müssen aufgrund einer öffentlichen Urkunde oder durch eine Urkunde mit Privatunterschrift errichtet werden ...". "Les societés en nom collectif ... doivent être constantées par des actes publics ou sous signature privée ..." Von dieser Grundlage in Verbindung mit Art. 42 - 46 Cod. Comm. und EN, die die Form der Bekanntmachung der Gesellschaft vorschreiben (nullité pour défont de publicité), geht die eine Meinung (Pont aaO., Nr. 1110; Petrizi Bd. I aaO., §§ 74 ff.; Rallis aaO., § 148; Areiopag 187, 1882; Karavas Bd. II aaO., §§ 149 ff.; vgl. K. Lehmann aaO., § 46, 1. Fussnote 1; besonders Renaud aaO., § 23, S. 161 ff. und die von ihm angeführte Literatur) aus, und behauptet, dass ebenso wie die Gesellschaft im Aussenverhältnis nur mittels eines schriftlichen Aktes beweisbar ist (vgl. auch Art. 41 Cod. Comm. und EN) und nur dadurch hergestellt werden könne, dies auch im Innenverhältnis, also im Verhältnis der Gesellschafter untereinander, zu gelten habe. Das OLG Toulon hat in seiner Entscheidung vom 22. Juni 1872 angenommen, dass eine eingegangene Verpflichtung zur Errichtung einer oHG

ebensogut mündlich geschlossen werden, wie auch durch konkludente Handlungen zustandekommen (2). Es gibt keine besondere Bestimmung, welche die Gültigkeit

---

(1) Fortsetzung:
dann gültig ist, wenn sie schriftlich niedergelegt wurde und bereits alle jene Merkmale enthielt, die zu der eigentlichen Gesellschaftsgründung erforderlich sind. Der sich daraus anbietende Umkehrschluss würde also lauten, dass eine nur mündlich eingegangene Verpflichtung irgendwelche Rechtswirkungen mangels Einhaltung einer Form nicht zeitigen könne. Folglich hat Pont zu dieser Entscheidung weiter ausgeführt, dass die schriftliche Form des Gesellschaftsvertrages nicht ad probationem, sondern ad solennitatem Voraussetzung sei: "Elle est requise ad formam, ad solennitatem, et non passeulement ad probationem". (Pont aaO., Nr. 1110. Petrizi Bd. I, § 75). Die Gegenmeinung ist grundsätzlich von Lyon-Caen et Renault (Aufl. 1885, § 296, neuer 1926, Bd. II, 1, §§ 168, 170, 171, 178. Thaller-Pic aaO., Nr. 237. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 65. Anastassiadis aaO., § 66, Fussnote 14, § 72, Fussnote 8, § 77. Rokas aaO., § 39. Areiopag 168, 1860. OLG Athen 770, 1908, in Zeitschrift Themis Bd. 20, S. 265, derselbe 257, 1929, Themis Bd. 40, S. 641. Von deutscher Seite vgl. W. Späing, Französisches und Englisches Handelsrecht ...., Berlin 1888 zum Artikel 39 Cod. Comm., Fussnote 7. Lyon-Caen et Renault hat angenommen (§ 296), dass der Gesellschaftsvertrag keiner besonderen Form bedarf. Die gesetzlich vorgeschriebene Form der erwähnten Bestimmungen ist ad probationem aufzufassen. Die Ausdrucksweise dieser Vorschriften beweist keinesfalls deren stärkere Wirkung als die der Art. 1341 und 1834 des Cod. civ. und deshalb kann auch nicht ohne weiteres der Schluss gezogen werden, Handelsverträge bedürften besonderer Vertragsformeln. Am Ende des § 296 nimmt er an, dass nur der Mangel der Veröffentlichung die Ungültigkeit der Gesellschaft zur Folge hat. Tzirindanis aaO., § 65 sagt ausdrücklich: Es gibt keine spezielle Bestimmung, die dem Gründungs-Gesellschaftsvertrag eine bestimmte Form unterstellt. Dadurch, so fährt er fort, können die offenen Handelsgesellschaften wie die bürgerlichen Gesellschaften allein durch den blossen consensus der Kontrahenten entstehen. Späing ist der Ansicht, dass es sich hier nicht um eine die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages bedingende solenne Form handelt, sondern vielmehr um eine Beweisschrift (aaO., zu Art. 39 Cod. comm.). Man sollte der zweiten Auffassung den Vorzug geben, denn sie entspricht mehr den Lebensbedürfnissen und wirtschaftlichen Anschauungen unserer Zeit. Es wäre deshalb de lege ferenda auch für den griechischen Gesetzgeber zu prüfen, ob nicht die deutsche Lösung, die für die Errichtung der oHG im Innenverhältnis von dem Erfordernis einer bestimmten Form grundsätzlich absieht, als die (§ 123 I und II und Art. 150 ADHGB) praktikablere anzusprechen ist.

(2) Hueck, Das Recht der oHG, § 6 III, 1. Tzirindanis Bd. II aaO., § 65.

des Gesellschaftsvertrages von einer Form abhängig macht (3). Die allgemeinen Vorschriften, die für obligatorische Verträge gelten, sind auf den Abschluss des Gesellschaftsvertrages als eines schuldrechtlichen Vertrages gleichfalls anwendbar.

Notwendige Voraussetzung des Gründungsvertrages ist die Willenseinigung der einzelnen Teilnehmer hinsichtlich all jener Punkte, die als wesentliche Bestandteile des Vertrages der Erreichung des gemeinsamen Zweckes dienen sollen (4). Ist gesetzlich vorgeschrieben, dass diese Willenseinigung in ihren einzelnen Bestandteilen einer besonderen formalen Einkleidung bedarf, so kann daraus der Schluss gezogen werden, dass der gesamte Gesellschaftsvertrag dieser Einkleidung bedarf. Soll z. B. ein Gesellschafter ein Grundstück einbringen, so bedarf der ganze Gesellschaftsvertrag der Form der notariellen Beurkundung gemäss § 313 BGB und Art. 369 AK, denn das Gesetz verlangt diese Form in diesem Falle ad solennitatem und nicht ad probationem der Entstehung dieses Rechtsgeschäftes (5). Die notarielle Beurkundung des ganzen Gesellschaftsvertrages ist auch gemäss § 311 BGB und Art. 367 AK nötig, wenn ein Gesellschafter sein gegenwärtiges ganzes Vermögen oder einen Bruchteil desselben in die Gesellschaft einzubringen sich verpflichtet. Weiterhin wird das Prinzip der Formfreiheit dann durchbrochen, wenn mit dem Gesellschaftsvertrag ein anderes formbedürftiges Rechtsgeschäft derart verbunden ist, dass ohne dieses der ganze Gesellschaftsvertrag nicht abgeschlossen worden wäre (6). Ein Vorvertrag (7) ist vor dem Abschluss des eigentlichen Gesellschaftsvertrages ohne weiteres möglich. Er muss aber den wesentlichen Inhalt des abzuschliessenden Gesellschaftsvertrages bereits in sich enthalten. Der Vorvertrag begründet den Anspruch auf Abschluss des Hauptgesellschaftsvertrages. Der säumige Teil kann allein aufgrund dieses vorvertraglichen Verhältnisses in Anspruch genommen werden (894 ZPO und Art. 882 griech. ZPO). Mit der Rechtskraft des Urteils gilt der Gesellschaftsvertrag als geschlossen (8). Die oben angeführten Beschränkungen bezüglich der Formfreiheit des Hauptgesellschaftsvertrages gelten ebensogut auch für den Vorvertrag.

Es ist nicht nötig, dass der Gesellschaftsvertrag von den Gesellschaftern persönlich abgeschlossen wird. Die Abgabe der entsprechenden Willenserklärung kann ebensogut durch einen Vertreter erfolgen (9). In diesem Falle muss der Vertreter aller-

---

(3) Tzirindanis Bd. II aaO., § 65.
(4) Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 81. Karavas Bd. II aaO., § 151.
(5) Hueck, Das Recht der oHG, § 6 III, 2. Düringer-Hachenburg aaO., 79. Tzirindanis Bd. II aaO., § 65. Karavas aaO., Bd. II, § 150.
(6) Vgl. die zahlreichen Beispiele, die hierzu angeführt sind bei Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 79.
(7) Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 82. Karavas Bd. II aaO., § 158.
(8) Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 82. Karavas Bd. II aaO., § 159.
(9) Hueck, Das Recht der oHG, § 6 IV. Karavas aaO., Bd. II, § 161. Allgemein

dings eine Vertretungsmacht besitzen, die alle jene Rechtsgeschäfte umfasst, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 HGB). Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages gehört nicht zu den gewöhnlichen Geschäften im Sinne des § 54 HGB. Daher ist die Erteilung einer besonderen Vollmacht erforderlich (10).

Bei Veränderung der Rechtsform eines schon bestehenden Unternehmens zur Errichtung einer oHG ist über die Einzelheiten, die die Beschränkung der Vertragsfreiheit betreffen, bei Hueck: Das Recht der oHG, § 6 V; Karavas aaO., Bd. II §§ 270 ff. und unten an entsprechender Stelle nachzulesen.

3) Rechtsnatur

Über den rechtlichen Charakter des Gründungsvertrages gehen seit jeher die Meinungen auseinander (11).

a) Rechtsgeschäft

Einigkeit besteht darin, dass der Vertrag auf jeden Fall ein "Rechtsgeschäft" im Sinne des Allgemeinen Teils des BGB und AK ist (12). Die entsprechenden Vor-

---

(9) Fortsetzung:
nach griechischer Auffassung über Vertretungsmacht vgl. Ballis, Allgemeiner Teil AK, §§ 109 ff. und Art. 211., insbesondere 217 AK.

(10) Hueck, Das Recht der oHG, § 6 IV. Karavas aaO., Bd. II, § 161. Von französischer Seite Lyon-Caen et Renault Bd. II, 1, Nr. 81.

(11) Vgl. hierzu Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 23 ff. Derselbe, Das Recht der oHG, S. 33 ff. Emil Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation, Wien, 1897, I Begriff, S. 3 ff. Günter Haupt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. Leipzig, 1942, § 5, S. 20 ff. Larenz aaO., Bd. II, § 56, insbesondere I b. H. Lehmann aaO., § 5 I und IV. Palandt aaO., § 705, insbesondere 3 c. Oertmann aaO., § 705 Anm. 4. Karavas aaO., Bd. II, §§ 141 - 146. Anastassiadis aaO., § 106. Ballis, Allgemeiner Teil AK § 77. Zepos, Schuldrecht, § 17. Kaukas, Schuldrecht, Bd. II, Athen, 1949, Art. 741 und die in einzelnen Fällen bemerkten Autoren.

(12) Die Jurisprudenz hat sich mit besonderem Eifer auf die Ergründung der Struktur der Rechtsgeschäfte konzentriert, in deren Gebiet diese Streitfrage dogmatisch gehört, nämlich, ob der Gesellschaftsvertrag als Rechtsgeschäft im weitesten Sinne als Kollektivakt - atto collettivo - oder nach deutschem Ausdruck als "Gesamtakt" oder als atto complesso - zweiseitiges Rechtsgeschäft - anzusprechen ist. Von vornherein scheidet aber die Möglichkeit aus, dass es sich um einen Gesamtakt handelt. Unter "Gesamtakt" wird nämlich verstanden, dass er wie ein Rechtsgeschäft, sei es ein einseitiges oder zweiseitiges, zu behandeln ist. In die Figur des Gesamtaktes kann eine beliebige Zahl von Teilnehmern eintreten. Die Gesamtaktsbeteiligten stellen sich nicht wie die Vertragsparteien einander gegenüber, sondern nebeneinander. Sie kommen

schriften sind daher anwendbar (13).

b) Schuldrechtlicher Vertrag

Weiterhin ist der Gesellschaftsvertrag im Sinne des BGB und AK schuldrecht-

---

(12) Fortsetzung:
zwar auch von individuellen, aber nicht von entgegengesetzten, sondern von entsprechenden oder gleichartigen Ausgangspunkten her, nehmen also nicht den Parteienstandpunkt ein. Sie stehen sich nicht als Parteien gegenüber, sondern bilden zusammen eine Partei, die diversen Teilnehmer stehen nicht als Parteien einander gegenüber, sondern sie verhalten sich wie Parteigenossen zueinander. Dies unterscheidet den Gesamtakt von den häufigsten Fällen des Vertrages, denn der Vertrag, auch der synallagmatische Vertrag, ist seiner Natur nach auf zwei Parteien, die einander gegenüberstehen, festgelegt und beschränkt. Zwar haben Vertrag und Gesamtakt etwas gemein: sie zielen auf Vereinbarung mehrerer Willenserklärungen, aber das entscheidende Moment ist die Willensbindung, die dem Vertrag spezifisch und dem Gesamtakt fremd ist. Dadurch meinen manche, dass der Begriff der Gesellschaftsverträge eine selbständige Kategorie von Verträgen neben den zweiseitigen Verträgen darstellt, und dass sie nicht zu den zweiseitigen Verträgen, sondern zum Gesamtakt zu zählen sind, die eine parallele Linie mit ihnen bilden. Vgl. dazu Johannes Emil Kunze, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, Festausgabe der Leipziger Juristischen Fakultät für O. Müller, Leipzig, 1892, § I, Einleitung und § 4, S. 43 ff. Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht (in Fischers Abhandlungen Heft VII) 1901, S. 26. O. v. Gierke, Privatrecht, Bd. I, § 63, S. 468 ff. Rocco, Diritto Commerciale, Milano, 1936, Bd. I, Nr. 89, 99. Karavas aaO., Bd. II, § 142, der nicht dieser Ansicht ist. Demgegenüber nehmen die Anhänger der sog. atto complesso, plurilaterale contratto, Vertragstheorie im weiterem Sinne mit Recht an, dass es sich um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft oder Vertrag handelt, bei dem die Gesellschafter sich nach den übereinstimmenden Willenserklärungen um einen Rechtserfolg herbeizuführen, richten. Hueck, Das Recht der oHG, § 6 II, Fussnote 4, S. 33. Balis nimmt an, dass zwischen atto collettivo und atto complesso ein grosser Unterschied besteht: dass bei dem Gesamtakt die Willenseinigung der Kontrahenten so stark gegeben ist, dass sie eine selbständige, unabhängig von den einzelnen Willen der Teilnehmer bestehende Einheit bildet. Dagegen geht bei einem Vertrag die Willenseinigung der Parteien so weit, dass jeder einzelne Wille nicht in der Einheit verschmolzen werden darf, was praktische Bedeutung insbesondere bei Vertragsnichtigkeit zeitigen kann. Ballis, Allgemein. Teil AK, 5. Aufl., § 77, S. 212, 213.

(13) Art. 2 EGHGB. Staub aaO., § 109, Anm. 9. §§ 145 ff. BGB und Art. 185 ff. AK.

licher Vertrag, auf den die Normen des allgemeinen Schuldrechts grundsätzlich Anwendung finden (14).

c) Gegenseitiger Vertrag

1) Der Streit beschränkt sich im wesentlichen darauf, ob der Gesellschaftsvertrag ein rein gegenseitiger Vertrag oder ein sog. Organisationsvertrag ist. Die Organidationstheorie (15) behauptet, dass es im wirtschaftlichen Leben auch Verträge gibt, welche einen völlig verschiedenen Zweck verfolgen. Ihr Inhalt ist nicht die Überlassung wirtschaftlicher Güter, sondern die Schaffung oder Ergänzung des Wirtschaftsobjektes (16). Unter diesen Gesichtspunkt fällt vor allem die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im weiteren Sinne. Wenn O. v. Gierke (17) die Gesellschaft als personenrechtliches Verhältnis, den Gesellschaftsvertrag folgerichtig als einen personenrechtlichen Vertrag kennzeichnet, wenn Windscheid (18) bemerkt, dass die Leistungen einer jener vertragsschliessenden Parteien nicht dem einen oder anderen ausschliesslich zugute kommen soll, sondern durch die Zusammenwirkung der Leistungen aller ein Erfolg erzielt werden soll, welcher allen zugute kommt, so genügt für unsere Betrachtungsweise die ungezwungen sich ergebende Erkenntnis, dass alle diese Rechthandlungen der vertragschliessenden Parteien in erster Linie den Zweck wirtschaftlicher Organisation verfolgen.

Dass die Gesellschafter sich zu einem Zusammenwirken für einen gemeinsamen Zweck verpflichten, bedeutet mehr als nur die Begründung wechselseitiger Leistungspflichten (19). Ihre Willenserklärungen richten sie an die Gesamtheit der an-

---

(14) Hueck, Das Recht der oHG, § 6 II. Es gehört zu den Dauerschuldverhältnissen. Larenz aaO., Bd. I, § 2 VI. Karavas aaO., Bd. II, § 141, S. 138. Allgemein über Dauerschuldverhältnisse siehe Müller-Erzbach in DJZ, 1904, S. 1158. Derselbe, Handelsrecht, S. 179 - 180. Surlas in Interpretationen des AK, Schuldrecht-Einführung in Art. 361 - 373, Nr. 54 ff.

(15) O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, § 79, S. 660 ff. § 80 II, S. 664 ff. § 80 V, 2. S. 675 ff. Scheinbach aaO., § 7, Begriff, S. 2, 3. Vgl. dazu die reiche Literatur bei Larenz aaO., Bd. II, § 56 I b, c. Buchta, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandslehre, Marburg in Hessen, 1936, § 24, S. 173 ff. und § 43, S. 240 ff. Haupt, Gesellschaftsvertrag, § 5, S. 20 ff. Hueck, Das Recht der oHG, S. 33 ff. H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 5, II und § 18, II.

(16) Scheinbach aaO., S. 2.

(17) Deutsches Privatrecht, Bd. I, § 79, S. 660 ff. Derselbe, Deutsches Privatrecht, III. Bd., 1917, S. 831 zu Note 11, der sagt: "Der Gesellschaftsvertrag des BGB ist ... kein reiner Schuldvertrag, sondern zugleich personenrechtlicher Vertrag. Denn die Gemeinschaft, die er erzeugt, ist Gemeinschaft zur gesamten Hand und somit personenrechtliche Gemeinschaft."

(18) Pandekten Bd. II, § 405.

(19) Larenz aaO., Bd. II, § 56 I c.

deren und treffen sich konzentrisch in der Richtung auf das gemeinsam erstrebte Ziel, das darin besteht, eine Organisation zu errichten, die identisch und nicht unabhängig von der Gesamtheit der Teilnehmer ist (20). Es ist nicht die Aufgabe dieser Ausführungen zu untersuchen, ob das erwünschte Ziel auf diesem Wege erreicht werden kann. Ebenso ist das bisher Gesagte für die gegenwärtige Untersuchung nicht entscheidend, ob die Kennzeichnung eines Verhältnisses als personenrechtliches die Anwendbarkeit bestimmter Rechtsgrundsätze zur Folge hat, denn dafür ist der Begriff der personenrechtlichen Verhältnisse noch nicht klar genug (21). Tatsache aber ist, die auch von den extremen Anhängern der Vertragstheorie nicht übersehen werden kann, dass der Abschluss des Gesellschaftsvertrages zu einer engen persönlichen Bindung der Beteiligten führt, aus der sich eine gegenseitige Treuepflicht ergibt, die weit über die normalen schuldrechtlichen Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner hinausgeht (22). "Wo ein Vertrauensverhältnis die Grundlage des Vertrages bildet, wie dies namentlich bei Gesellschaften der Fall ist, da erkennt auch das Zivilrecht schon in der Verfolgung des eigenen Vorteils auf Kosten der Mitkontrahenten eine wirkliche Verletzung der Vertragspflicht an (23). Dieses Resultat ändert aber nicht den Charakter des Gesellschaftsvertrages als eines schuldrechtlichen Verhältnisses (24). Ausserdem wurde aufgrund der widerstreitenden Lehrmeinungen in der Literatur bisher noch nicht klar festgestellt, inwiefern ein Gesellschaftsvertrag im Sinne des bürgerlichen Rechts (§ 705 und Art. 741 AK) die Personen der Gesellschafter in einer durchaus anderen Weise ergreifen soll, als ein römischer contractus societatis (25). Sieht man in beiden einander ausschliessende Gegensätze, wie das in der arbeitsrechtlichen Literatur häufig betont wird (26), so hätte das für den Gesellschaftsvertrag als personenrechtlichen Vertrag zur Folge, dass die Anwendbarkeit der Normen des Schuldrechts un-

---

(20) Haupt, Gesellschaftsrecht, § 5 II, 2.

(21) Hueck, Das Recht der oHG, § 6 II, 2, S. 34. Buchta aaO., S. 240 ff.

(22) Darüber Alfred Hueck, Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, in der Festschrift für Rudolf Hübner, Jena, 1935, S. 72 ff. Buchta aaO., § 43, S. 240 ff. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 61 II.

(23) Steinbach aaO., S. 16. Grundsätzlich ist nach den allgemeinen Prinzipien anerkannt, dass bei den gewöhnlichen Verträgen des täglichen Verkehrs die Verfolgung des eigenen Vorteils durch das Streben nach Erlangung eines höheren oder Leistung eines geringeren Entgeltes gerechtfertigt ist. Diese Elastizität ist aber bei der bonae fidei negotia sehr beschränkt oder überhaupt nach der Natur des betreffenden Vertrages von vornherein ausgeschlossen. Ferner nach römischem Recht vgl. Mitteis usw. Institutionen, S. 367 ff. und 437 ff.

(24) Vgl. Rechtsgerichtsräte und Bundesrichter, Komm. zum BGB, Anm. 8 zum § 705.

(25) Buchta aaO., S. 243. Hueck aaO., S. 34. Karavas aaO. II, § 143.

(26) Staudinger-Nipperdey, BGB-Vorbem. 5 vor § 611. Hueck, Deutsches Arbeitsrecht, S. 70.

möglich wäre (27). Dies ist aber eine durchaus unlogische Schlussfolgerung. Deshalb ist es erforderlich, das Wesen eines Schuldverhältnisses näher zu bestimmen. Die neueren Anschauungen sind in mancher Hinsicht sehr eng, wenn behauptet wird, dass es die Auffassung des Gesetzes ist, durch den Gesellschaftsvertrag würde ein Schuldverhältnis begründet, welches zur Folge hätte, dass jeder Gesellschafter von dem anderen bestimmte Leistungen, die als Beiträge bezeichnet werden, verlangen kann (28). Wenn der Inhalt des Schuldverhältnisses eines gegenseitigen Vertrages so anzusehen ist, dann sprengt der Gesellschaftsvertrag, der auf die Begründung einer Gemeinschaft gerichtet ist, in der Tat diesen Rahmen, denn aus ihm entspringen eine Vielzahl, im einzelnen nach Inhalt und Umfang noch nicht bestimmte Pflichten, welche über den oben beschriebenen Rahmen der üblichen Schuldverhältnisse wesentlich hinausgehen (29). Andererseits darf jedoch nicht übersehen werden, dass in dem Bereich der Schuldverhältnisse der Vertrag im Vordergrund steht und dass sowohl das BGB als auch das AK einen weiteren Begriff des gegenseitigen Schuldverhältnisses zugrundelegt (30). Dieser Begriff lautet: "Ein gegenseitiger Vertrag liegt überall da vor, wo der eine Teil seine Verpflichtungen nur übernimmt, wenn und weil sich auch der andere Teil ihm gegenüber verpflichtet" (31). Stimmt man mit der herrschenden Meinung darin überein, dass dies allein das Wesen eines gegenseitigen Vertrages ausmacht, dann ist der Gesellschaftsvertrag zu den gegenseitigen Verträgen zu rechnen (32), weil auch er die Merk-

---

(27) Hueck, Das Recht der oHG, S. 34.

(28) Larenz Bd. II aaO., § 56 I b. Vgl. die Argumentation bei Hueck aaO., S. 34. Die hier vertretene Ansicht sieht darin ein Recht jedes Kontrahenten gegen jeden (die Beiträge auf die Gemeinschaft, oder nach anderen an die Gesellschaft zu leisten); es bedeutet aber nicht, dass diese Leistung des anderen die Gegenleistung, das Entgelt, für seinen eigenen Beitrag ist, und deshalb liegt kein gegenseitiges Vertragsverhältnis vor. Dies würde dann der Fall sein, wenn wir über ein Austauschvertrag, einen Kaufvertrag sprechen wollten. Das ist hier aber nicht der Fall, um ein gegenseitiges Schuldverhältnis im weiteren Sinne auszuschliessen. Vgl. Knoke aaO., S. 41/42.

(29) Vgl. Hueck, Das Recht der oHG, S. 34. Derselbe, Gesellschaftsrecht, S. 23/24. Vgl. Larenz Bd. II., § 56 I b. Nach seiner Meinung ist der Gesellschaftsvertrag kein gegenseitiger Vertrag. Ferner vgl. Haupt aaO., § 5 IV 2.

(30) Hueck, Das Recht der oHG, S. 34. Derselbe, Gesellschaftsrecht, S. 26.

(31) Knoke aaO., S. 42.

(32) Hueck, Das Recht der oHG, S. 34. Derselbe, Gesellschaftsrecht, S. 26. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958, S. 732 (Gegenseitiger Vertrag "im weiteren Sinne"). Knoke aaO., S. 42. Oertmann, Bürg. GesetzB. II, 2, 4 c zu § 705. Cosack, Bürgerliches Recht, Bd. II, S. 391. H. Lehmann, § 5 I. Haupt aaO., § 5. Petrizi, Bd. I, § 24. Karavas Bd. II, § 144. Ballis, Allgemeiner Teil, § 77, S. 211. Sakketas in Interpretation des AK, Schuldrecht, Art. 388. Zepos, Schuldrecht Bd. II, § 17,

male eines solchen Vertragstypus aufweist. Zwar findet bei der Gesellschaft - wie schon erwähnt - ein unmittelbarer Austausch von Leistungen und Gegenleistungen im engeren Sinne nicht statt (33), doch darf keineswegs verkannt werden, dass der Zweck, dem die gegenseitigen Leistungen dienen sollen, ebensogut darin bestehen kann, dass derjenige Zweck, den die eine Partei mit ihrem Beteiligungsanteil verfolgt, mit dem Zweck der anderen Partei nicht identisch, sondern nur gleichartig ist, d. h. dass sich die gleichartigen Zwecke der verschiedenen Individuen nur durch ihren Zusammenschluss verwirklichen lassen (34). Die gegenseitige Abhängigkeit der Leistungsversprechen, welche die Eigentümlichkeit des gegenseitigen Vertrages ausmacht, ist auch bei der Gesellschaft vorhanden (35). Die Gegenseitigkeit bestehe hier nicht nur zwischen je zwei Leistungen, sondern jeweils zwischen einer Leistung und allen übrigen. Die Verpflichtung eines Gesellschafters zu leisten, entstehe nur dann, wenn auch die aller übrigen Gesellschafter entsteht (36). Jeder Gesellschafter tritt für sich auf und verpflichtet sich gegenüber jedem Mitkontrahenten, weil der andere ihm dasselbe verspricht. Jeder wird also durch den Vertrag zugleich Gläubiger und Schuldner (37). Alle diese Erwägungen, die sich mit dem Sinn des BGB und des AK in Einklang befinden, dass nämlich die Gesellschafter sich gegenseitig verpflichten (38), führen uns zum Resultat, dass der Gesellschaftsvertrag von jeher seine Stellung unter den gegenseitigen Verträgen hat, auf den die allgemeinen Vorschriften über die gegen-

---

(32) Fortsetzung:
S. 470 ff. Kaukas, Schuldrecht, Bd. II, 1949, Art. 741, Nr. 2. Planiol-Ripert (-Leparqueur) Traité prat. de dr. civ. francais, Bd. XI, Nr. 980. Vivante Bd. III, Nr. 311. Die Franzosen sagen, es ist "Contrat essentiellement synallagmatique on bilateral et à titre onereux."

(33) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 26. Es gibt beim Gesellschaftsvertrag kein "do ut des". Vgl. Karavas Bd. II, § 143. Cohn aaO., S. 17.

(34) Ewald Gast, Die Einlage des Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft, Greifswald, 1920, § 2, S. 16.

(35) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 26/27. Cohn aaO., S. 17.

(36) Herzog, Quantitative Teilnichtigkeit, Göttinger Diss., 1926, S. 87.

(37) Knoke aaO., S. 41.

(38) Siehe § 705 BGB, Art. 741 AK. Art. 1382 französisches Zivilrecht. Es ist zu betonen, dass nach griechischer Ansicht der Begriff des gegenseitigen Vertrages, ausser von Art. 741 von den Bestimmungen der Art. 770, 771 (Kündigung wegen Verpflichtungsverletzung) und insbesondere von 743 AK verstärkt wird, der bestimmt, dass "bei Verzug oder Unvermögen eines Gesellschafters zur Leistung des Beitrags und zur Erfüllung seiner Verpflichtungen statt des Rücktritts nach den Grundsätzen über gegenseitige Verträge Kündigung der Gesellschaft zulässig" ist. Vgl. Karavas Bd. II, § 143. Vgl. dagegen nach deutschem Recht die entsprechenden §§ 723 in Verbindung mit 323 BGB. Literatur Knoke aaO., S. 45.

seitigen Verträge prinzipiell Anwendung finden.

Nur muss hierbei die Einschränkung gemacht werden, dass aufgrund des Gemeinschaftsgedankens jede einzelne Vorschrift zu prüfen ist, ob sie mit dem Wesen des Gesellschaftsvertrages in Einklang gebracht werden kann. Aus dem Wortlaut des BGB und AK, wie schon des öfteren betont, ergibt sich, dass die Gesellschafter verpflichtet sind, und zwar vertragsmässig untereinander (39), jeder gegenüber dem anderen, die versprochenen Leistungen zu erbringen. Man muss aus diesen Bestimmungen des Gesetzes logischerweise schliessen, dass die Einlagepflicht mit dem Zeitpunkt der Gesellschaftsentstehung begründet wird und durch Erfüllung erlischt. Das Recht auf die Einlage ist kein gewöhnliches Recht. Jeder einzelne Gesellschafter ist forderungsberechtigt; er kann die Einlage von jedem anderen Gesellschafter verlangen, aber nicht an sich, sondern nur an die Gesellschaft, und zugleich kann jeder andere Gesellschafter daher von ohm verlangen, seiner Einlagepflicht nur gegenüber der Gesellschaft nachzukommen (actio pro socio) (40).

2) Damit ergibt sich die Frage, inwieweit die Vorschriften der §§ 320 ff. BGB und Art. 374 ff. AK auf den Gesellschaftsvertrag anwendbar sind, d. h. ob ein Gesellschafter die von ihm geforderte Beitragspflicht verweigern kann, weil und solange ein anderer Gesellschafter seiner Betragspflicht nicht nachkommt (die sog. exceptio non rite adimpleti contractus), d. h. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages vorbringen kann, die grundsätzlich nur auf Austauschverträge, z. B. auf den Kauf, anwendbar ist (41). Wenn man von dem Grundgedanken ausgeht, dass es unbillig sei, dass bei Austauschverträgen der eine Teil die Leistungspflicht des anderen fordern könne, ohne selbst seine Pflicht zu erfüllen oder zur Erfüllung seiner Pflicht bereit zu sein und dadurch den anderen Teil in die Gefahr bringe, seine Leistung zu verlieren, ohne einen Ausgleich durch die Gegenleistung des anderen zu erlangen, obwohl er sich zur Vorleistung verpflichtet hat, fragt man sich, ob diese Un-

---

(39) Hierbei wurde die Frage erörtert: wem steht überhaupt das Recht zu, die Leistung der Einlage zu fordern. Man vertritt folgende Möglichkeiten: 1. Das Recht steht dem einzelnen Gesellschafter zu, 2. Das Recht steht der Gesellschaft zu, 3. Das Recht steht beiden nebeneinander zu. Die Meinungen gehen hier auseinander. Als herrschende Meinung ist die anzusprechen, die das Recht auf die Einlage für einen Anspruch sowohl der Gesamtheit der Gesellschafter als auch jedes einzelnen Gesellschafters ansieht. Vgl. dazu Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 31, der von einem Sozialanspruch und von einer actio socio spricht. Larenz Bd. II, aaO., § 56 II a. Dagegen Knoke aaO., S. 33. Gast aaO., § 6, S. 31 ff. Vgl. mehrere an angezeigter Stelle.

(40) Darin besteht die Eigentümlichkeit dieses Rechts; der Forderungsberechtigte kann Leistung nicht an sich selbst, sondern nur an die Gesellschaft fordern. Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 31. Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, aaO., § 8.

(41) Knoke aaO., § 16, S. 42 ff.

billigkeit nicht auch in dem Falle anzunehmen ist, in welchem der leistungspflichtige Gesellschafter in die Gemeinschaftskasse leisten muss (42).

Allgemein wird die Zulässigkeit der exceptio non rite adimpleti contractus bei einer zweigliedrigen Gesellschaft in der Literatur zugelassen (43). In diesem Fall nimmt die Lehre an, das Prinzip des "do ut des" in dem Sinne, in welchem wir es angenommen haben, könne entsprechend angewendet werden (44).

Bei der zweigliedrigen Gesellschaft scheinen sich die obligatorischen Beziehungen, welche die Beiträge betreffen, denjenigen eines Austauschvertrages stark zu nähern (45). Schuldner der Beitragsverpflichtung ist derjenige Gesellschafter, der nicht geleistet hat. Dem Gläubiger steht das Recht zu, den Schuldner in Anspruch zu nehmen, um seine Beitragspflicht zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu erfüllen (46). Die Unbilligkeit läge darin, dass der Beitragsverpflichtete von seinem säumigen Gegner zur Vorleistung gezwungen werden könnte, ohne dass dieser selbst geleistet oder zur Leistung bereit ist (47). Wird nun vom säumigen Gesellschafter die Leistung des Schuldners gefordert, so kann der in Anspruch genommene Gesellschafter aus Billigkeitserwägungen heraus die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben mit dem Hinweis, dass die Gegenleistung noch nicht erbracht ist (48). Deswegen sind die Vorschriften der §§ 320 ff. und Art. 374 AK anwendbar, weil die Unbilligkeit - wie schon betont - nicht nur in dem Falle vorliegt, in welchem die Leistungen ausgetauscht, sondern auch dann, wenn sie in eine gemeinsame Kasse eingebracht werden sollen (49).

Dies ist der Fall, wie oben dargelegt, bei Gesellschaften, die nur aus zwei Perso-

---

(42) Allgemein bejahend: Oertmann BGB § 705, Anm. 46 mit weiteren Angaben. Verneinend: Staudinger-Geiler § 705, Anm. 17. Wieland S. 466. Gierke S. 164. Weipert § 105, Anm. 83. Siber, Schuldrecht, S. 403, der an Stelle des § 320 BGB den § 273 BGB anwenden will.

(43) Hueck, Das Recht der oHG, S. 37. Schlegelberger § 105, Anm. 51. Knoke aaO., § 16, S. 43. Haupt aaO., S. 23.

(44) Haupt aaO., S. 23.

(45) Haupt aaO., S. 23. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Mannheim-Berlin, 1917, Bd. IV. Allgemeine Einleitung, Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts, Anm. 84.

(46) Düringer-Hachenburg, Bd. IV aaO., Anm. 84.

(47) Hueck, Das Recht der oHG, § 6 II, 3 b, S. 33. Knoke S. 43 allgemein.

(48) Hueck aaO., S. 33. Haupt aaO., S. 23. Knoke S. 43 und die in seiner Fussnote 2 angeführte Literatur. Gegen diese Annahme siehe Larenz Bd. II aaO., § 56 I b, S. 239 und die von ihm in seiner Fussnote 5 erwähnte Literatur.

(49) Knoke aaO., S. 43. Von griechischer Seite ist die Anwendung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages allgemein anerkannt. Vgl. Karavas Bd. II aaO., §§ 143, 142 ff. und Art. 741, 743 AK.

nen bestehen. Hingegen ist bei mehrgliedrigen Gesellschaften die Anwendbarkeit der hier für die zweigliedrige Gesellschaft vertretenen Auffassung ausserordentlich streitig. Manche (50) meinen, dass die Vorschriften der §§ 320 ff. nicht anwendbar zu sein scheinen, denn jeder Gesellschafter hat die Beitragsleistung an die Gemeinschaft der übrigen Gesellschafter versprochen und sich dadurch verpflichtet. Deswegen könnte der in Anspruch genommene Gesellschafter nicht seine Leistung verweigern, weil einer der anderen Gesellschafter säumig ist. Weiter wird ausgeführt, dass, wer sich an einer Gesellschaft beteiligt, die aus mehr als zwei Personen besteht, das Risiko auf sich nehmen müsse, selbst leisten zu müssen, auch wenn der eine oder andere der übrigen Gesellschafter nicht leistet. Die hier vertretene Ansicht (51) führt zu folgendem Ergebnis: Wegen der Natur des Gesellschaftsvertrages als eines gegenseitigen Schuldvertrages ist jeder Gesellschafter berechtigt, von jedem anderen die volle Erfüllung seiner Beitragspflicht an die Gemeinschaft zu verlangen. Gegenüber dieser Klage des Einzelgesellschafters kann der Beklagte aufgrund der genetischen Abhängigkeit der Leistungspflichten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben, wenn der Kläger selbst seine Beitragspflichten noch nicht erfüllt hat. Unbilligkeit liegt nur dann vor, wenn der Kläger von dem Beklagten die ihm obliegende Leistung verlangt, ohne selbst seine Leistung erbracht zu haben. Wenn dagegen der Kläger seine Beitragspflicht erfüllt hat, kann der Beklagte nicht die Einrede mit der Begründung erheben, ein dritter Gesellschafter habe noch nicht geleistet, denn gegen den Kläger können nur solche Einreden vorgebracht werden, die gerade ihm gegenüber bestehen (52). Wenn man hingegen annimmt, dass dem Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages selbst dann zusteht, wenn ein dritter Gesellschafter noch nicht geleistet hat, d. h. dass er seine Leistung von der Gegenleistung des oder der anderen säumigen Gesellschafter abhängig machen kann, so kann ein Urteil auf Leistung gegen die Lei-

---

(50) Hueck, Das Recht der oHG, § 6 II, 3 b, S. 33.

(51) Knoke aaO., § 16, S. 42 ff. Düringer-Hachenburg aaO., Allg. Einl. Anm. 44, der ohne Beschränkung die Anwendbarkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages annimmt, d. h. der in Anspruch genommene Gesellschafter kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auch in dem Falle erheben, in dem der Gläubiger seinerseits seine Beitragspflicht erfüllt hat, aber andere Gesellschafter, die an diesem Prozess nicht beteiligt sind, ihrerseits nicht die ihnen obliegende Beitragsverpflichtung erfüllt haben. Abweichend von dieser Ansicht sind die Anhänger der Meinung, dass das Recht auf die Einlage eines Gesellschafters nur der Gemeinschaft der Gesellschaft zusteht. Vgl. dazu Düringer-Hachenburg aaO., Allg. Einl., Anm. 44. Es ist zu betonen, dass die Einrede des nicht erfüllten Vertrags in diesem Falle nur dann Platz greifen kann, wenn die Gesellschafter gleichzeitig leisten sollen. Vgl. Düringer-Hachenburg aaO., Allg. Einl. Anm. 45.

(52) Knoke aaO., S. 43. Vgl. dazu Rosenberg aaO., § 103 II, 2 d.

stung (Verurteilung Zug um Zug) des oder der anderen säumigen Gesellschafter ergehen. Dieses Urteil kann der Kläger aber, solange der oder die anderen Gesellschafter nicht freiwillig leisten, gegen den Beklagten nicht vollstrecken (53). Nehmen wir dagegen an, dass der Kläger sämtliche säumigen Gesellschafter in Anspruch nimmt, so würde jeder von ihnen aufgrund der Tatsache, dass die übrigen noch nicht geleistet haben, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages vorschützen (54). Als Ergebnis dieser Klage würde ein Urteil ergehen, das gemäss § 322 Abs. I BGB jeden säumigen Gesellschafter zur Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Leistung aller übrigen Gesellschafter verurteilt (55). Dieses Urteil wäre ebensowenig wie das obige vollstreckbar (56). Die Vorschrift des § 274 Abs. 2 BGB wäre hier unanwendbar, denn sie setzt voraus, dass die Gegner im Verzuge der Annahme sind, und das ist hier nicht der Fall, denn ein Angebot der Leistung jedes einzelnen Gesellschafters gegenüber allen übrigen fehlt (57). Mit der obigen Annahme werden alle diese Schwierigkeiten vermieden.

Die Anwendbarkeit des § 321 BGB ist uneingeschränkt zulässig bei einer Gesellschaft, die nur aus zwei Personen besteht (58). Bei einer Gesellschaft, die aus mehr als zwei Personen besteht, ist § 321 BGB nur dann anzuwenden, wenn sich die Vermögensverhältnisse nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages der sämtlichen anderen Gesellschafter so erheblich verschlechtert haben, dass dadurch die Erreichung des gemeinsamen Zweckes gefährdet ist (59). In diesem Falle kann der vorleistungspflichtige Gesellschafter seine Leistung zurückhalten.

Die §§ 323 und 324 BGB sind auf die oHG anwendbar (60). Besteht die Gesellschaft

---

(53) Düringer-Hachenburg, Bd. IV, Allg. Einl., Anm. 44 bb.

(54) Knoke aaO., § 16, S. 44.

(55) Knoke aaO., § 16, S. 44. Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 44 bb. Rosenberg aaO., § 129 III, 2.

(56) Knoke aaO., § 16, S. 44. Dagegen Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 44 bb.

(57) Knoke aaO., § 16, S. 44. Rosenberg aaO., § 175 IV, 3 a, der sagt: "So setzt die Zwangsvollstreckung voraus, dass der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist (§ 274 II BGB). In Annahme-Verzug kommt der Gläubiger namentlich dadurch, dass er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die ihm obliegende Leistung aber nicht anbietet (§ 298 BGB)". Vgl. Art. 353 AK.

(58) Hueck, Das Recht der oHG, § 6, 3 c (die entsprechende griechische Vorschrift ist Art. 377 AK).

(59) Hueck, Das Recht der oHG, S. 38. Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 45 (allgemeine Meinung).

(60) Hueck aaO., S. 39. Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 46 - 50. Knoke aaO., § 17, S. 45 ff. Haupt aaO., § 5 III, 2 b. Gast aaO., S. 44. Die entsprechenden griechischen Vorschriften finden sich in den Art. 380 und 381 AK, die - wie schon gesagt - Anwendung finden. Vgl. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 67 II.

nur aus zwei Personen und ist die Beitragsleistung des einen Teils durch Zufall vollständig unmöglich geworden, dann ist der geschädigte Gesellschafter von seiner Leistungspflicht frei geworden, und zugleich hat er den Anspruch auf die Gegenleistung des anderen verloren (61). Wenn die Auslegung des Gesellschaftsvertrages nichts anderes ergibt, so bedeutet der beiderseitige Wegfall der Leistungspflichten die Beendigung der Gesellschaft. Tritt dieser Fall bereits im Gründungsstadium ein, so ist eine besondere Kündigung des Gesellschaftsvertrages nicht erforderlich (62). Der andere Mitgesellschafter kann die Erfüllung ablehnen. Wenn er seine Leistungspflicht schon erfüllt hat, kann er die eingebrachte Sache zurücknehmen (63). Einen Anspruch auf Schadensersatz wegen zu vertretender Unmöglichkeit hat keiner gegen den anderen, denn hierfür wäre Voraussetzung, dass einer den Umstand, auf dem die Unmöglichkeit beruht, zu vertreten hat (64). Demnach sind die Rechtsregeln, die für Austauschverträge gelten, uneingeschränkt anzuwenden. Es kann aber auch der Fall eintreten, dass zur Zeit, zu der die Leistung des beitragspflichtigen Gesellschafters noch nicht unmöglich geworden ist, die Gesellschaft schon Verbindlichkeiten eingegangen ist, d. h. die Gesellschaft entweder bereits nach aussen in den Rechtsverkehr eingetreten oder der Gesellschaftsvertrag zur Ausführung gelangt ist. In diesem Falle sind nach herrschender Meinung die Vorschriften der §§ 323 ff. (entspr. griech. Art. 380 AK) deshalb nicht mehr anwendbar (65), weil eine rück-

---

(61) Hueck aaO., S. 39. Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 47, § 323, Abs. I BGB. Art. 380, Abs. I AK.

(62) Düringer-Hachenburg aaO., Allg. Einl. Anm. 47.

(63) Larenz aaO., Bd. I, § 20, 1 b, S. 201. Kisch aaO., S. 58, Fussnote 15. Die Rückforderung des Geleisteten kann der Gläubiger gemäss der Vorschrift des § 323 Abs. 3 und Art. 380 AK, die auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verweisen, verlangen. Die erwähnten Vorschriften greifen hier in dem Sinne Platz, dass der Gesellschafter, dessen Leistung unmöglich geworden ist, verpflichtet ist, seinem Mitgesellschafter, der ebenfalls bereits geleistet hat, zu gestatten, sich aus dem Gesellschaftsvermögen zu befriedigen, denn er hat nicht an den anderen geleistet, sondern an die Gesellschaft, und nur insoweit ist der geschädigte Gesellschafter jetzt noch durch die Leistung des anderen an die Gesellschaft bereichert. In diesem Falle, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht voll ausreicht, um ihn zu befriedigen, und die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht, ist nach Meinung einiger die Vorschrift des § 723 BGB (entspr. griech. Art. 780 AK) anzuwenden, denn durch seine Kündigung verfolgt der Gesellschafter die Auflösung, und durch das Auseinandersetzungsverfahren ist es möglich, dass ein Teil des Ausfalls auf die übrigen Gesellschafter abgewälzt wird und nicht er die Gefahr des Verlustes der Gegenleistung allein trägt. Vgl. Knoke aaO., § 17, S. 47 und Larenz aaO., Bd. I, § 20 I b, S. 201/202.

(64) Larenz aaO., Bd. I, § 20 I b.

(65) Hueck, Gesellschaftsrecht, § 6 II, 3, S. 27. Haupt aaO., § 5 IV, 2 b. Dage-

wirkende Auflösung der Gesellschaft nach vielleicht jahrelangem Bestand unlösbare Schwierigkeiten mit sich brächte. Wenn festgestellt werden kann, dass es dem Willen (66) der Gesellschafter entspricht, aufgrund des Eintritts der Unmöglichkeit die Gesellschaft zu beenden und dadurch die Auseinandersetzung zwischen ihnen herbeizuführen, dann muss die Vorschrift des § 723 HGB (entspr. griech. Art. 770 AK) herangezogen werden, denn § 323 BGB und Art. 380 AK heben lediglich die noch bestehende Beitragspflicht der übrigen Gesellschafter auf.

In ähnlichem Sinne sind die Fälle teilweise Unmöglichkeit zu lösen. Auch hier finden die Vorschriften des gegenseitigen Vertrags Anwendung. Gemäss § 323 Abs. 1, Satz 2 BGB mindert sich die Gegenleistung entsprechend den §§ 472, 473 BGB, wenn die Leistung des einen Teils teilweise unmöglich geworden ist. Streit herrscht lediglich bezüglich der Abwicklung für den Fall, dass die eine Seite Sachen, die andere Dienste zu erbringen verpflichtet ist und die Sachleistung teilweise unmöglich wird. Es ist sinnlos, zu versuchen, die versprochene Arbeitsleistung entsprechend herabzusetzen (67). Daher wird teilweise angenommen, dass nur ein entsprechender Ausgleich bei der Gewinnbeteiligung als brauchbare Lösung in Betracht kommt. Ausser der Schwierigkeit, auf die man stossen würde bei dem Versuch, die Höhe der Minderung zu bemessen, kommt die Frage hinzu, was zu tun sei, wenn die so bemessene Gewinnbeteiligung wegen der Sacheinlageminderung der Arbeitsleistung nicht mehr entspricht.

Ist die Leistung des beitragspflichtigen Gesellschafters aus Verschulden des anderen Gesellschafters unmöglich geworden, so behält jener den Anspruch auf die Leistung, d. h. der geschädigte Gesellschafter wird von seiner Verpflichtung zur Leistung

---

(65) Fortsetzung:
gen Knoke aaO., § 17, S. 46/47, besonders, und Düringer-Hachenburg, aaO., Allg. Anm. 46. Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Jena, 1910, (14 Fischers Abhandlungen Bd. 7) aaO., S. 57/59 und Fussnote 15 und S. 148 wollen neben dem § 323 die besonderen Vorschriften des § 723 anwenden. Von allen aber wird in diesem konkreten Fall anerkannt, dass die zufällige, von keinem zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung des einen immer einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft nach § 723 BGB (über oHG § 113 HGB) darstellt, wenn die Gesellschaft bereits nach aussen in Vollzug gesetzt ist.

(66) Es kann sein, dass trotz der unmöglich gewordenen Leistung des einen Teils die übrigen Gesellschafter die Gesellschaft weiter bestehen lassen wollen, denn das entspricht dem gemeinsamen Interesse. Auch besteht darin ein wichtiger Grund zur sofortigen Auflösung der Gesellschaft gemäss § 723 BGB (entspr. griech. Art. 780 AK). Vgl. Düringer Hachenburg aaO., Anm. 47 in ähnlichem Sinne.

(67) Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 48.

nicht frei (68). (§ 324 Abs. 1, Satz 1 BGB und Art. 381, Satz 1 AK). Das bedeutet aber gleichzeitig, dass der Gesellschafter, durch dessen Schuld die Leistung des anderen unmöglich geworden ist, verpflichtet ist, ihm den Wert der untergegangenen Sache zu ersetzen und zugleich seine eigene Leistungspflicht in die gemeinsame Kasse zu erfüllen. Der geschädigte Gesellschafter ist nun aber dem anderen gegenüber verpflichtet, statt der unmöglich gewordenen Leistung ihren Wert, den er als Ersatz von den anderen Gesellschaftern bekommen hat, an die Gesellschaft abzuführen. Also könnte in diesem Fall der Anspruch des geschädigten Gesellschafters eine doppelte Wirkung haben, nämlich, dass er von dem Gesellschafter, der die Unmöglichkeit zu vertreten hat, sowohl die Erfüllung dessen eigener Leistungspflicht wie den ihm obliegenden Ersatz zur Erfüllung an die Gesellschaft verlangen kann (69). Die Gegenseitigkeit besteht hier darin, dass der schuldige Teil neben seiner eigenen Leistungspflicht verpflichtet ist, Schadensersatz an den anderen Teil zu leisten, er aber gleichzeitig berechtigt ist, von ihm Leistung an die Gesellschaft zu verlangen. Bei Austauschverträgen heben sich diese Forderungen zwar gegenseitig auf, so dass zuletzt nur der schuldige Teil seine eigene Leistungspflicht erfüllen muss, es sei denn, der andere Teil habe bereits geleistet. Dagegen wird der Ersatzanspruch bei der Gesellschaft wegen der Besonderheit des Einlagerechts, dass die Leistungen in die gemeinsame Kasse fliessen, nicht aufgehoben (70). Es kann aber sein, dass der Gesellschafter, dessen Leistung (71) wegen

---

(68) Im technischen Sinne der erwähnten Vorschriften müsste man annehmen, dass Derjenige, der die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, von seiner Leistungspflicht frei geworden ist. Dies ist jedoch, wie im Text weiter angeführt wird, nicht zutreffend (vgl. Knoke aaO., § 17, S. 48).

(69) Knoke aaO., § 17, S. 49. Wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht, betreffen die im Text angeführten Vorschriften nur den schuldigen und ersatzberechtigten Teil. Im Verhältnis des unschuldigen Gesellschafters zu den übrigen Gesellschaftern finden dagegen § 323 BGB und Art. 380 AK Anwendung, weil kein Teil die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Also ist den übrigen Gesellschaftern gegenüber die Unmöglichkeit ein zufälliges Ereignis (vgl. Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 49).

(70) Knoke aaO., § 17, S. 49.

(71) Fraglich ist, wenn die Leistung zum Teil unmöglich geworden ist, ob diese Tatsache als ein wichtiger Grund zum Rücktritt oder zur Auflösung der Gesellschaft anzusehen ist, denn nach den Quellen: B. 12. 2. 61 wird völlige Zerstörung der Sacheinlage verlangt "εἰ παντελῶς οὐχ ὕπεστι". Allgemein ist in der Literatur anerkannt, dass in diesem Falle ebenso wie bei der zufälligen Unmöglichkeit auf den Gesellschaftszweck der Blick zu richten ist. Wenn er wegen der Zerstörung der Einlage unmöglich geworden ist, dann ist ein wichtiger Grund zur Auflösung der Gesellschaft gemäss § 723 BGB und Art. 770, 772 AK (bei oHG gemäss § 133 HGB) gegeben. Vgl. dazu Pe-

der Schuld des anderen (72) unmöglich geworden ist, nicht mehr auf dem Weiterbestehen der Gesellschaft beharren will. Dann darf er im Gründungsstadium die Gegenleistung ablehnen und Schadensersatz wegen Zerstörung seiner Sacheinlage von dem anderen schuldigen Teil verlangen. Wenn mehrere Teilnehmer vorhanden sind und diese von ihm die Erfüllung seiner vollen Leistungspflicht verlangen, dann kann er die Auflösung der Gesellschaft beantragen. Wenn die Gesellschaft bereits in Vollzug getreten ist, kann die Herbeiführung der Unmöglichkeit einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft darstellen.

In dem Falle, in dem die Leistung des einen Teils durch sein eigenes Verschulden unmöglich geworden ist, finden die Grundsätze des gegenseitigen Vertrages Anwendung (§ 325 BGB und Art. 382 AK) (73).

Hiernach kann der beitragsberechtigte Gesellschafter im Gründungsstadium (74) entweder von dem Beitragspflichtigen, durch dessen Schuld die ihm selbst obliegende Leistung unmöglich geworden ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung (75) verlangen oder vom Vertrage zurücktreten (76). Nach der Invollzugsetzung der Ge-

---

(71) Fortsetzung:
trizi aaO., Bd. I, § 164 und die von ihm angeführte Literatur. Ferner Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 48 und 49. Anastassiadis aaO., § 87, Fussnote 9.

(72) Es ist zu erwähnen, dass dem schuldigen Teil nicht das Recht zusteht, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, weil infolge seines Verschuldens die Gegenleistung unmöglich geworden ist. Er muss sich vielmehr so behandeln lassen, als sei die durch ihn unmöglich gewordene Leistung erfolgt. Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 49.

(73) Hueck, Das Recht der oHG, S. 35. Knoke aaO., § 17, S. 49. Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 50. Kisch aaO., S. 148 und allg. § 11, S. 96 ff. Feodor Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, Jena, 1900 (in Fischers Abhandlungen Bd. 7) § 24, S. 143 ff. (Allgemein über § 325 BGB).

(74) Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 50.

(75) Kisch aaO., § 13, S. 121 ff. (allgemein über die Wirkungen der von Schuldnern zu vertretenden Unmöglichkeit).

(76) Kisch aaO., § 14, S. 134 ff. (allgemeine Ausführungen über das Rücktrittsrecht des Gläubigers vom Vertrage wegen zu vertretender Unmöglichkeit der dem Schuldner obliegenden Leistung). Ob diese Bestimmungen auf die Gesellschaft anwendbar sind, vgl. hierzu derselbe S. 148; hierbei vertritt er die Auffassung, dass mit der Ausübung des Rücktrittsrechtes er für die gewährten Dienste und Nutzungen Vergütung verlangen kann, die er mit der Kündigung des § 723, Abs. 2, S. 3 nicht erreichen kann. Ausserdem ist bei teilweiser Unmöglichkeit vollständiger Leistung zwar keine teilweise Kündigung, wohl aber ein teilweiser Rücktritt zulässig (§ 325, Abs. 1, S. 2, Art. 384 AK). Durch diese Bestimmung ist die Herabsetzung der Leistung des Gläubigers im Verhältnis zu der verminderten Leistung des Schuldners möglich.

sellschaft steht ihm hingegen nur noch das Recht zu, die Auflösung der Gesellschaft durch die Kündigung (§ 723 BGB und Art. 780 AK oder bei oHG § 113 HGB) zu fordern. Bei einer aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft sind die oben genannten Vorschriften gleichfalls anwendbar, jedoch mit der Einschränkung, dass das Rücktrittsrecht nur von allen übrigen Gesellschaftern ausgeübt werden kann (gemäss § 356, Satz 2 BGB und Art. 396 AK) (77). Wohl aber steht dem Einzelnen das Kündigungsrecht aufgrund des § 723 BGB und Art. 780 AK zu.

Dieselben Grundsätze gelten auch, wenn ein Gesellschafter mit seiner Leistung im Verzug ist (78), die, wie oben bereits ausgeführt wurde, bei Unmöglichkeit der Leistung eines Gesellschafters durch seine eigene Schuld Platz greifen. Demnach gilt folgendes: besteht die Gesellschaft nur aus zwei Personen und ist der eine Gesellschafter mit seiner Beitragspflicht in Verzug geraten, so kann der andere Gesellschafter statt der Erfüllung nach seinem Belieben Schadensersatz verlangen oder vom Vertrage zurücktreten (§ 326 BGB, Art. 383 AK) (79). Der hierzu berechtigte Gesellschafter muss allerdings dem säumigen zunächst eine Frist zur Bewirkung seiner Leistung setzen, und wenn diese Frist fruchtlos abgelaufen ist, dann kann er die oben erwähnten Ansprüche geltend machen (80). Ist die Gesellschaft bereits nach aussen hin vollzogen bzw. ins Leben gerufen, so steht dem nicht säumigen Gesellschafter nur ein Recht zur Kündigung zu und damit das Recht, die Gesellschaft aufzulösen (81). Eine nochmalige Fristsetzung oder ein bestimmter Termin, bis zu dem die Leistung erbracht werden muss, sind hier jedoch darüberhinaus erforderlich. Besteht die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen und ist sie noch nicht im Rechtsverkehr aufgetreten, dann kann das Rücktrittsrecht wegen vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verzugs des säumigen Gesellschafters von allen übrigen Gesellschaftern gemeinsam ausgeübt werden (82), bzw. jedem einzelnen von ihnen steht das Recht zu, wegen Verzugs des beitragspflichtigen Gesellschafters, wenn er

---

(77) Knoke aaO., § 17, S. 49. Kisch aaO., S. 138. Der Rücktritt erlangt seine Wirksamkeit bei einer mehrgliedrigen oHG erst mit der zeitlich letzten Erklärung. Bis zu diesem Zeitpunkt ist er frei widerruflich. Nachdem er wirksam geworden ist, kann er nicht widerrufen werden. Kisch aaO., S. 139.

(78) Knoke aaO., § 17, S. 50. Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 51.

(79) Über Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktrittsrecht des Gläubigers vom Vertrag vgl. allg. Kisch aaO., §§ 13 und 14.

(80) Zuerst ist, wie im Text angeführt wird, ihm eine angemessene Frist zur Erfüllung zu setzen. Wenn der säumige Teil seine Beitragspflicht innerhalb dieser Frist erfüllen will, muss er dem Gläubiger neben seiner eigenen Leistung Schadensersatz wegen Verzug leisten. Während des Fristlaufes kann der Gläubiger das Rücktrittsrecht nicht ausüben. Vgl. Düringer-Hachenburg Anm. 51, 3. Buch Bd. II. Allgemeine Einleitung, Anm. 313 ff. Knoke aaO., S. 50.

(81) Düringer-Hachenburg aaO., Allg. Einl., Anm. 50.

(82) Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 50, S. 52 und Anm. 51.

kein Interesse an der Erfüllung mehr hat, die Auflösung der Gesellschaft nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist zur Erfüllung zu verlangen (83). Dieser zuletzt angeführte Fall liegt nur vor, wenn die Gesellschaft in Vollzug getreten ist.

4) Mängel des Gesellschaftsvertrages

a) Die Mängel

Wie schon mehrfach erwähnt, kann eine oHG nur durch Abschluss eines Vertrages errichtet werden (vgl. oben S. 5). Hierbei kann nun der Fall eintreten, dass der Vertrag an rechtlichen Mängeln leidet. Weder das HGB noch das EN enthält Bestimmungen über die eintretenden Rechtsfolgen bei Nichtigkeit des oHG-Vertrages. Aus diesem Grunde müssen die Vorschriften des BGB und AK herangezogen werden (Art. 2 EGHGB und Art. 18 EN). Sowohl das deutsche BGB als auch der griechische AK kennen dreierlei Arten fehlerhafter Rechtsgeschäfte, nämlich das ursprünglich nichtige, das unwirksame und das anfechtbare Rechtsgeschäft (83a). Ausserdem können die Nichtigkeitsgründe (84) unter Umständen eine Absolut- oder Relativnichtigkeit des oHG-Vertrages zur Folge haben. Wenn der Nichtigkeitsgrund eine zweigliedrige oHG betrifft, ist nicht zwischen Absolut- und Relativnichtigkeitsgründen zu unterscheiden, denn wenn auch nur ein Nichtigkeitsgrund in der Person des einen Gesellschafters liegt, kann es unter Umständen die völlige Nichtigkeit des Gründungsvertrages der oHG zur Folge haben (85), denn im Bereich der Personalgesellschaften ist eine Einmanngesellschaft rechtlich nicht möglich (86). Die Rechtslage

---

(83) Neben dem Auflösungsrecht ist der Schadensersatzanspruch zu gewähren. Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 50 und 51. Knoke aaO., S. 50.

(83a) Cohn aaO., S. 15. Recht 1919, 125. Palandt aaO., § 105, 4 a. Balis Allg. Teil §§ 67, 68 und 69.

(84) Fälle der absoluten Nichtigkeit sind vor allem völliges Fehlen der Willenseinigung (§§ 116 - 118 BGB und Art. 138 AK), Fehlen der gesetzlich vorgeschriebenen Form, Sittenwidrigkeit usw. Fälle der Relativnichtigkeit, also der Anfechtbarkeit, sind Fehlen der Geschäftsfähigkeit sowie vor allem Irrtum (§ 119 ff. BGB, Art. 140 ff. AK). Gewalt, Drohung und Betrug (§ 123 BGB, Art. 147 ff., 150 ff. AK). Die ersten treffen den ganzen Gesellschaftsvertrag, die zweiten gehen von der Person eines Gesellschafters aus. Im ersten Falle wirkt die Nichtigkeit absolut für und gegen alle und bedarf keiner Geltendmachung. Der Richter hat sie von Amts wegen zu berücksichtigen. Nach § 256 ZPO und nach Art. 127 Einführungsgesetz des AK kann durch Klage die Feststellung der Nichtigkeit erreicht werden. Im zweiten Falle ist der Gesellschaftsvertrag zunächst gültig, aber für den einen Gesellschafter ist er mit Rückwirkung vernichtbar (vgl. Cohn aaO., § 5, S. 14. Palandt, aaO., Überb. vor § 104, 4 a und e. Ballis aaO., § 40).

(85) Hueck, Das Recht der oHG, § 7, I, 2. Cohn aaO., § 5, S. 15.

(86) Cohn aaO., § 5, S. 15 und die von ihm angeführte Literatur. Vgl. Anastassiadis aaO., § 155, Fussnote 6 a.

wird aber kompliziert, wenn es sich um eine mehrgliedrige oHG handelt. Es taucht nämlich die Frage auf, welche Folgen es auf den ganzen Gesellschaftsvertrag haben soll, wenn die Beteiligungserklärung eines Gesellschafters aus irgendeinem Grunde nichtig ist; also, ob die Vorschriften des § 139 BGB und Art. 181 AK Anwendung finden. Die Antwort hierauf kann nicht ohne weiteres gegeben werden, denn sie hängt wesentlich von der Natur des Gesellschaftsvertrages ab. Sehen wir in ihm den Vorgang, dass jeder Gesellschafter in seinem einheitlichen Akt (87) mit allen übrigen Gesellschaftern den Abschluss des Gesellschaftsvertrages bezweckt und dass der Fortfall nur einer einzigen Verpflichtung notwendigerweise (wegen genetischer Abhängigkeit) alle übrigen Verpflichtungserklärungen hinfällig macht, dann besteht kein Raum mehr für die Anwendung des § 139 BGB und Art. 181 AK (88). Eine partielle Anfechtung ist ausgeschlossen (89), denn die Verpflichtung eines Gesellschafters entsteht nur dann, wenn die aller übrigen Gesellschafter entsteht. Daher sind wegen der Nichtigkeit der Willenserklärung eines Gesellschafters auch die übrigen Gesellschafter nicht aneinander gebunden, und der ganze Gesellschaftsvertrag ist ohne die Hilfsmittel des § 139 BGB und Art. 181 AK ungültig (90).

Sehen wir dagegen in der Erklärung eines Gesellschafters nur einen Teil (91) des

---

(87) Es wird behauptet (Gast aaO., S. 15, Fussnote 31 und S. 34/35), dass dieser Ausdruck unglücklich gewählt ist, da er zu Verwechslungen mit dem Gesamtakt Anlass bietet. Nach dieser Meinung bedeutet die Einheitlichkeit, dass der Gesellschaftsvertrag sich als ein Komplex von einzelnen Verträgen, Rechtsbeziehungen - iuris vincula - darstellt, die zwischen jedem einzelnen Gesellschafter mit jedem anderen begründet werden und deren Zahl mit der der Gesellschafter steigen und fallen kann. Siehe gegen diese Annahme mit Recht Cohn aaO., S. 15/16.

(88) Geiler bei Staudinger 9. Aufl., § 705, Anm. II, 2 a, sowie Düringer-Hachenburg aaO., Bd. II, Allg. Einl. Anm. 43. Schlegelberger aaO., § 105, Anm. 49. Vgl. die Ansichten bei Hueck, Das Recht der oHG, § 7 I, 2. Cohn aaO., § 5, S. 14 ff. Ferner Karavas aaO., Bd. II, § 180. Balis aaO., Allg. Teil AK aaO., § 77.

(89) Geiler bei Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 43.

(90) Knoke aaO., S. 27. Hueck, Das Recht der oHG, § 7 I, 2 und Fussnote 10 und 11 mit der angeführten Literatur.

(91) Sowohl das deutsche wie das griechische Recht gehen davon aus, dass ein Rechtsgeschäft nur zum Teil zerlegt werden kann. Deswegen spricht das Gesetz § 139 BGB und Art. 181 AK von der Unwirksamkeit des Teils eines Rechtsgeschäfts und nicht, wie es frühere Gesetze wie z. B. das sächsische bestimmt haben, dass der Inhalt eines Rechtsgeschäftes teilweise nichtig sein kann (vgl. B. Herzog, Qualitative Teilnichtigkeit, Göttinger Diss., 1926. E. Natter, Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, Borna-Leipziger Diss., 1907, S. 103 und 25). Auf die Frage, aus wieviel Abreden oder Bestimmungen ein Rechtsgeschäft besteht, vgl. Herzog aaO., S. 24, 25, 26 ff. Anerkannt ist,

ganzen Vertrags, dann ist - nach dieser Meinung (92) - anzunehmen, dass die Vorschriften des § 139 BGB und Art. 181 AK anwendbar sind. Es ist dann zwischen Gesamt- und Einzelnichtigkeitsgründen zu unterscheiden (93). Wo ein Gesamtnichtigkeitsgrund vorliegt oder der nichtige Teil den Gesamtinhalt des Gesellschaftsvertrages bestimmt, so dass bei seinem Fortfall der Rest einen anderen Inhalt erhalten würde, da muss notwendig vollständige Nichtigkeit des ganzen Vertrages angenommen werden (94). Tatfrage ist weiterhin, ob das die einzelnen Willenserklärungen betreffende Schicksal den ganzen Vertrag berührt oder nicht (95). Es ist immer zu prüfen, ob nach der Regelvorschrift des § 139 BGB und Art. 181 AK Nichtigkeit eines Teils die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge hat oder nicht, d. h. ob der Nichtigkeitsgrund, der die Einheitlichkeit des ganzen Gesellschaftsvertrages verhindert, von der Gültigkeit des von ihm unberührten Teils des Vertrages loslösbar ist, und dann ist weiter zu prüfen, ob die Rechtsbeständigkeit des gültigen Teils den Tatbestand des gewollten Vertrages erfüllt oder nicht, also, ob sie dem Parteiwillen (96) entspricht. Gehen wir davon aus, dass der Nichtigkeitsgrund so wesentlich für die Aufrechterhaltung des ganzen Vertrages war, dass die übrigen Gesellschafter ohne die Teilnahme des Mitgesellschafters, dessen Willenserklärung ungültig ist, den Gesellschaftsvertrag nicht geschlossen hätten, dann ist der Vertrag in seiner Gesamtheit als nichtig zu behandeln (97). Lässt dagegen die Aufrechterhaltung des gültigen Teils den ungültigen unberührt und kann angenommen werden, dass der Vertrag in dieser Form noch dem Willen der Parteien entspricht, dann kann er in seinem gültigen Teil zwischen den übrigen Gesellschaftern aufrechterhalten werden. Bestehen jedoch Zweifel hierüber, so ist der gesamte Vertrag als

---

(91) Fortsetzung:
dass Teile eines Rechtsgeschäftes im Sinne des § 139 BGB und Art. 181 AK auch diejenigen Abreden sind, die zwischen Personen, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes mitwirken, stattgefunden haben (vgl. Herzog S. 25, Fussnote 1. Cohn aaO., S. 16). Die Zerlegung eines Vertrages in einzelne Teile findet ihre praktische Bedeutung darin, dass der Vertrag bei Nichtigkeit der Willenserklärung eines Gesellschafters, die als Abrede des Vertrages zu betrachten ist (vgl. Herzog, S. 26. Natter S. 103) unter den übrigen Gesellschaftern bestehen bleiben kann (vgl. Cohn aaO. S. 19).

(92) Natter aaO., S. 103/104. Cohn aaO., S. 16. Balis, Allgemeiner Teil, § 71 nimmt an, dass Art. 181 AK bei Fällen der Art. 766 Abs. 2 und 679 AK anzuwenden ist, dagegen bleibt Art. 771 AK nicht anwendbar.

(93) Cohn aaO., S. 15.

(94) RG in Gruchs Abhandlungen, Bd. 68, S. 538.

(95) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 105, Anm. 14. Cohn aaO., S. 19.

(96) Bei Beurteilung dieser Frage kommt es auf den objektiven Willen der Teilnehmer und nicht auf den subjektiven an. Vgl. Natter aaO., S. 28.

(97) Cohn aaO., S. 20.

nichtig zu behandeln (98). Geht man von dem Grundgedanken aus, wie es die herrschende Lehre (99) tut, dass die Existenz der oHG von der Teilnahme aller Gesellschafter abhängt, wie es auch §§ 131 ff. HGB und Art. 765 ff. AK als gesetzgeberischen Willen kundtun, so ist zu schliessen, dass durch den Ausfall nur eines Teilnehmers bei Abschluss des Gründungsvertrages die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages herbeigeführt wird, ohne dass der Wille der Parteien untersucht zu werden braucht, ob die Voraussetzungen des § 139 BGB und Art. 181 AK vorliegen.

Folgen wir dieser Lehre, so ist ganz allgemein festzustellen, dass sowohl in allen Fällen der Nichtigkeit, bei der der Nichtigkeitsgrund entweder gegen den Willen aller Gesellschafter oder eines derselben gerichtet ist, wie im Anfechtbarkeitsfalle, so der Nichtigkeitsgrund die Unwirksamkeit der Willenserklärung eines Gesellschafters bedingt, die Wirkungen des ganzen Gesellschaftsvertrages entfallen (100). Wenn die übrigen Gesellschafter daher trotz Kenntnis der Auswirkungen des die Willenserklärung eines von ihnen treffenden Nichtigkeitsgrundes auf das Bestehen des Gesellschaftsvertrages zusammengeblieben sind, so kann darin ein stillschweigender Abschluss eines neuen Vertrages und nicht eine Ausführung des alten erblickt werden (101). Im Falle der Teilnahme eines Minderjährigen am Abschluss des Gesellschaftsvertrages ohne die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters steht das Widerrufsrecht nach § 109 BGB dann allen übrigen Gesellschaftern

---

(98) Cohn aaO., S. 20. Zwischen § 139 und Art. 181 AK gibt es in diesem Falle einen Unterschied. Das griechische Recht geht von den Quellen Cod. 5, 13, 37 aus, die bestimmen: "Utile per inutile non vitiatur" und nimmt die Regel an, dass bei Zweifeln anzunehmen ist, dass der von der Nichtigkeit unberührte Teil gültig ist. Vgl. N. Delukas, Allgemeine Geschäfts-(Bedingungen) Normen, Athen, 1952, S. 338. Tussis in Zeitschrift Themis NA S. 10. Areiopag III/1925 in Themis AG, S. 578, derselbe 197, 1936, in EEN S. 838. OLG Athen 13/1915 in Themis KZ, S. 72.

(99) Hueck, Das Recht der oHG, § 7, I, 2. Vgl. Ballis, Allgemeiner Teil AK, § 71. Anastassiadis aaO., § 71, der die Teilnahme eines Kommanditisten an einer KG als Handelsgeschäft ansieht und deswegen die Bestimmungen über Handelsgeschäfte für anwendbar hält. Also kann sich jeder Gesellschafter auf die Nichtigkeit der Verpflichtungsannahme eines Kommenditisten berufen, d.h. sie hat objektive Wirkung. Vgl. Lyon-Caen et Renault, Bd. II, Nr. 470.

(100) Vgl. Düringer-Hachenburg, Allgemeine Einl., Anm. 43. Hueck, Das Recht der oHG, § 7 I, 2 und die in seiner Fussnote 10 angeführte Literatur. Eine ausführliche Darstellung der einzelnen Nichtigkeits- und Anfechtbarkeitsfälle ist hier unmöglich. Vgl. allgemein oben in Fussnote 84. Cohn aaO., § 7. Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 43 und Anm. 14, 15, 16, 17 zum § 105 HGB.

(101) Hueck aaO., § 7 I, 2, Fussnote 13. Düringer-Hachenburg aaO., Anm. 43.

zu (102), wenn ein so wesentliches Stück des ganzen Gesellschaftsvertrages von der Nichtigkeit betroffen ist, dass die übrig gebliebenen Bestandteile des Vertrages nicht mehr mit dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag in Einklang stehen. Bei Anfechtbarkeitsfällen muss die Anfechtung vom Anfechtungsberechtigten allen übrigen Gesellschaftern gegenüber erklärt werden (103). Anfechtungserklärung nur dem geschäftsführenden Gesellschafter gegenüber genügt nicht, denn sie betrifft den ganzen Gesellschaftsvertrag und steht ausserhalb des Bereichs der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht (104). Anfechtungsgegner sind daneben noch die von der Vertretungs- und Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter. Die andere Meinung (105), die behauptet, dass die Anfechtungserklärung, die nur einem Gesellschafter gegenüber abgegeben ist, zugleich allen übrigen Gesellschaftern gegenüber wirksam sein muss, ist abzulehnen. Nicht akzeptabel ist ebenfalls die Meinung (106), die behauptet, dass die Wirkung des Gesellschaftsvertrages nur zwischen dem Anfechtenden und dem Anfechtungsgegner aufgehoben sein müsste, dagegen zwischen den übrigen Gesellschaftern das Vertragsverhältnis als nach § 139 BGB und Art. 181 AK geregelt anzusehen ist, denn wie schon erwähnt, ist eine Teilanfechtung nicht denkbar, und eine Anwendung der genannten Vorschriften kommt hier nicht in Frage (107). Streit herrscht darüber, ob die Anfechtung formlos ist, oder in Form einer Klage erfolgen muss (108).

Innerhalb der Nichtigkeitsgründe des Gesellschaftsvertrages kommt dem Scheinabschluss (109) besondere Bedeutung zu (110). Der Begriff der oHG verlangt, dass die

---

(102) Hueck aaO., § 7 I, 2, Fussnote 14.

(103) Hueck aaO., § 7 I, 3. Cohn aaO., S. 33.

(104) Hueck aaO., § 7 I, 3.

(105) Staudinger aaO., Anm. 7 zu § 143. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., Bd. I, S. 372, Anm. 11. OLG Dresden in Senft. Arch. Bd. 67, S. 182. Vgl. Cohn aaO., S. 33. Hueck aaO., § 7 I, 3.

(106) RGZ Bd. 65, S. 405. Bd. 71, S. 202. Bd. 91, S. 413. Vgl. Cohn aaO., S. 33 und Hueck aaO., § 7 I, 3 und die in seiner Fussnote 16 angeführte Literatur.

(107) Hueck aaO., § 7 I, 3.

(108) Vgl. die Ansichten bei Cohn aaO., S. 32. Von griechischer Seite vgl. Art. 155 AK, der die Klageform vorsieht.

(109) Cohn aaO., S. 26. Über den Begriff des Scheins einer Willenserklärung vgl. bei Naendrup, Rechtsscheinsforderungen, Heft 1, Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der Rechtsscheinsforschung, 1910, S. 10. Keim aaO., S. 13. Staudinger, Komm. zum BGB I. Bd. Allg. Teil, 1915, Berlin, § 117. Balis Allg. Teil, Zivilrecht aaO., § 40.

(110) Aus verschiedenen Rechtsgründen mag der Scheinabschluss eines Gesellschaftsvertrages erfolgen (Cohn aaO., S. 26. JW, 1930, S. 2655). Der kaufmännische Erfindungsgeist sucht und findet immer neue Wege - insbesondere in Zeiten wirtschaftlicher Schwächungen, unter der Deckung der Vertragsfreiheit, eine

ernstliche Willenserklärung der Vertragsschliessenden - als äussere Handlung (111), als Tatsache (112) - alle wesentlichen und ausserwesentlichen Inhaltsvoraussetzungen des Gründungsvertrages enthalten muss (113). Es ist auch sehr wohl denkbar,

---

(110) Fortsetzung:

Pseudogesellschaft, eine société faç ade, société paravent, zu errichten, um die Wirkungen der Vorschriften des oHG-Rechts - insbesondere über die unbeschränkte Haftung - zu durchkreuzen. Dieses Problem hat schon seit langem Wissenschaft und Praxis beschäftigt, um über einen neuen Rechtsbegriff - nämlich der responsabilité limitée du commerç ant individuel - eine den Tatsachen entsprechende Lösung vorzuschlagen. Vgl. Art. 834 - 898 des Zivilrechts des Fürstentums von Liechtenstein, das diesen Begriff übernommen hat. P. Carry, La responsabilité limitée du commerçant individuel, Genève, 1928. Karavas aaO., Bd. II, §§ 131/132. Die Erfahrung des täglichen Lebens lehrt uns, dass die Parteischliessenden häufig solche Rechtsformen gern wählen, die ihren anderweitigen Geschäftswillen befriedigen könnten; so kann z. B. ein Gründungsvertrag leicht bei Dritten zu der Annahme führen, dass von den Kontrahenten eine gültige oHG errichtet wurde, während es in Wahrheit jedoch an der Ernstlichkeit des Parteiwillens bezüglich des Betriebes eines kaufmännischen Gewerbes fehlt, da sie gar nicht die Absicht haben, ein Handelsgewerbe zu betreiben, sondern lediglich bezwecken, einen bestimmten Namen zu verwerten (BayObLG in Leipziger Zeitschrift, 1921, S. 385 ff.), eine Firma vorzuspiegeln (vgl. OLG Kolmar in OLGR Bd. 8, S. 378 ff., das Unternehmen in Wahrheit von einem Einzelkaufmann betreiben zu lassen (vgl. JW 1930, S. 2655 ff.) oder einerseits den Kapitalgeber, der in Wahrheit der wirkliche Inhaber des Unternehmens ist, von den Vorschriften des oHG-Rechts - insbesondere von der unbeschränkten Haftung und dem Eintritt des Konkurses in das Gesellschaftsverhältnis zu umgehen (Cohn aaO., S. 27. Karavas aaO., Bd. II, § II, § 134 A). (Zum analogen Falle der Einmanngesellschaft oder anonima apparente vgl. Rokas in EEN, ζ S. 194 ff. unter der Entscheidung des OLG Athen 189/1943. Anastassiadis aaO., § 155, Fussnote 6 a). In allen diesen Fällen ist häufig zu beobachten, dass die Vertragsschliessenden lediglich den inneren Zweck verfolgen, entweder die Privatgläubiger eines solchen Scheingesellschafters von der Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen auszuschliessen (Düringer-Hachenburg § 123, Anm. 10. Karavas aaO., § 134) oder die Steuerbelastung zu verringern oder, wie es in der griechischen Praxis häufig anzutreffen ist, die Wirkungen der Zwangsmietvorschriften, die die Untervermietung versagten, zu umgehen (vgl. Areiopag 348/1938 in EEN, ε S. 770 ff. Derselbe 253/1947 in EEN, ιδ S. 394 und 16/1944 in Themis NE, S. 47 ff. OLG Athen 124/1945 in EEN, ιβ S. 98.

(111) JW 1930, S. 2655.

(112) Keim aaO., S. 13.

(113) Hueck, Das Recht der oHG, S. 30/31. Renaud aaO., S. 138.

dass die abgegebene Erklärung darin liegen muss, dass die Ergebnisse des Zusammenschlusses aller Gesellschafter zugleich der Gesellschaft als solcher zugute kommen sollen (114). Sie muss auf ein gemeinschaftliches Unternehmen gerichtet sein. Solche Willenserklärungen, beherrscht vom sog. animus contrahendae societatis, die affectio societatis (115), die klar die Absicht der Kontrahenten bekunden, eine oHG ins Leben zu rufen, also eine Gesellschaft zu errichten, die sich als Handelsgesellschaft qualifiziert und nach aussen hin als Kollektiveinheit mit oder ohne juristische Persönlichkeit aufzutreten hat, sind wesentliche Voraussetzungen des Inhalts des Gründungsvertrages, als Basis für die rechtliche Entstehung der oHG (116). Die wirkliche Absicht der Kontrahenten, eine oHG zu errichten, ergibt sich aber nicht ohne weiteres aus der vertragsmässigen Bezeichnung der oHG als solcher (117), weil in allseitigem Einverständnis der Gesellschafter ihre Willensrichtung eine andere sein kann. Sei es, dass die äusseren Erklärungs- und sonstigen Rechtshandlungen bewusster und gewolltermassen nicht dem wirklichen Parteiwillen entsprechen, sondern in Wahrheit nur Schein-Erklärungen sind, die häufig mit dem Wesen der oHG unverträglich sind, sei es, dass ein Gründungsvertrag in Wahrheit gar nicht vorliegt (118), - oder wenn er nach Lage der Dinge vorliegt - ein blosser Scheinvertrag und demzufolge nach § 117 Abs. I BGB und Art. 138 AK nichtig ist (119). Ergibt die Auslegung des Gesellschaftsvertrages, dass gewisse wesentliche Voraussetzungen, wie z. B. ein wirklicher Betrieb, die für das Bestehen einer oHG unbedingt erforderlich sind, von den Vertragsschliessenden - einverständnisgemäss - nicht beabsichtigt sind, sondern in Wahrheit andere Zwecke verfolgt werden sollen, dann ist die rechtliche Folge, dass keine oHG, weder im Innenverhältnis noch im Aussenverhältnis, zur Entstehung gelangt ist (120); dies deshalb, weil der Gesellschaftsvertrag solche Vereinbarungen nicht enthalten darf, die mit dem Wesen der oHG nicht in Einklang zu bringen sind. Die sog. absoluten Bestimmungen des oHG-Rechts (§ 105 HGB und Art. 20 EN) sind jeder Willkür der Kontrahenten entzogen und bieten für vertragliche Sondervereinbarungen keinen Spielraum (121).

---

(114) JW 1930, S. 2655.

(115) Karavas aaO., Bd. II, § 190 a.

(116) Renaud aaO., S. 138.

(117) Renaud aaO., S. 138. Hueck, Das Recht der oHG, § 5 III, S. 31.

(118) Hueck, Das Recht der oHG, S. 31.

(119) Cohn aaO., S. 26. Staub aaO., § 105, Anm. 12. JW 1930, 2655.

(120) Hueck, Das Recht der oHG, § 5 III, S. 31.

(121) Danach bedarf es zur Errichtung einer oHG unbedingt (vgl. im 1. Kapitel S. 9 ff. und die dort angeführte Literatur), dass ein wirklicher Betrieb eines Handelsgewerbes beabsichtigt sein und vorliegen muss. In dieser Hinsicht haben die Kontrahenten keine freie Hand, um etwa andere Abmachungen zwischen ihnen bestimmen zu können, denn wenn feststeht, dass die abgegebenen Willenserklärungen der Kontrahenten auf ein Handelsgewerbe ge-

Beziehen sich derartige Sondervereinbarungen hingegen auf nicht wesentliche Gesellschaftsverhältnisse wie beispielsweise die Höhe der Beteiligung der Gesellschafter am Gewinn und Verlust (122) oder andere nicht wirklichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, dann ist auch hier der Gesellschaftsvertrag nichtig und damit die oHG nicht entstanden, aber nicht etwa, weil die Voraussetzungen des § 105 HGB nicht vorliegen, sondern weil die Vereinbarung als Scheingeschäft gemäss § 117 BGB bzw. Art. 138 AK unwirksam ist (123). Der Unterschied besteht demnach darin, dass die Kontrahenten in der letztgenannten Reihe von Fällen insofern freie Hand haben, solche Rechtsverhältnisse untereinander nach freier Vereinbarung zu regeln, als die Rechtsordnung der Verwirklichung der genannten Gesellschaftsverhältnisse kein absolutes Hindernis in den Weg stellt; also ist es so, dass der Willkür der Kontrahenten doch nicht jeglicher Spielraum für eine Parteivereinbarung entzogen ist (124). Solange also derartige Vereinbarungen nicht von

---

(121) Fortsetzung:
richtet sind, auf das die Bestimmungen des HGB über Firmen, Handelsbücher und Prokura nicht anwendbar sind, dann können solche Vereinbarungen rechtlich nicht als Gründungsverträge einer oHG qualifiziert werden; d.h. zur Entstehung einer oHG kann es nicht kommen. Vgl. Renaud aaO., S. 114/115. Man kann sagen, dass die "Gesellschaft" in diesem Falle scheinunempfänglich ist.

(122) Düringer-Hachenburg, Komm. zum HGB aaO., § 105, Anm. 17.

(123) Cohn aaO., S. 26. Düringer-Hachenburg aaO., § 105, Anm. 17. Staudinger, Komm. zum BGB aaO., § 117, Anm. 10. Staub aaO., § 37, Anm. 2 und die von ihm angeführte Literatur. Karavas aaO., Bd. II, § 133, der sagt, dass die Gesellschaft nichtig sein muss, wenn die abgegebenen Willenserklärungen entweder zum Schein gegeben sind oder mit dem Gesetz zusammenstossen oder in fraudem legis gerichtet sind.

(124) Das Problem ist gekoppelt mit anderen Zweifelsfragen, nämlich a) mit der Kaufmannseigenschaft der oHG, b) mit dem Problem, dass für die Kaufmannseigenschaft alle Beschränkungen durch Polizeigesetze, Gewerbegesetze, Steuergesetze, Beamtengesetze oder irgendwelche öffentlichen Gesetze bedeutungslos sein sollen oder nicht, und c) dem Gesellschaftsvertrag, dessen Inhalt die Umgehung dieser gesetzlichen Beschränkungen bezweckt.
Zu a): Über die verschiedenen Ansichten von deutscher Seite ist auf Richard Heves, Die Kaufmannseigenschaft des offenen Handelsgesellschafters, Kiel, Diss., 1912, zu verweisen. Nach deutscher herrschender Meinung und ständiger griechischer ist heute zweifellos anerkannt, dass der oHG-er Kaufmann ist. Zu b): Nach deutschem Recht § 7 HGB sind, wie die herrschende Lehre (vgl. Wieland aaO., S. 76) angenommen hat, die gesetzlichen Beschränkungen für die Kaufmannseigenschaft bedeutungslos. Gegenmeinung vgl. Gierke, Handelsrecht, § 8, 6 und in ZHR Bd. 111, S. 54 und Bd. 115, S. 131. Dem griechischen Recht ist eine entsprechende Bestimmung unbekannt. Es ist aber

§ 117 BGB erfasst werden, steht der wirksamen Entstehung einer oHG kein Hindernis im Wege. Es ist fern anzunehmen, dass die Nichtigkeit grundsätzlich von Dritten und gegenüber Dritten geltend gemacht werden kann (125). Es gibt keine Ausnahme, wenigstens nach § 117 BGB und Art. 139 AK, die zugunsten des Dritten angewendet werden kann. Anders verhält es sich dagegen hinsichtlich des Schutzes der Dritten durch die allgemeinen Vorschriften, die regelmässig absolut gebietende oder verbietende Bestimmungen enthalten, deren Anordnungen den Vereinbarungen der Vertragsschliessenden nicht widersprechen dürfen, denn sie bezwecken in erster Linie den Schutz unbeteiligter Dritter (126). Aber auf das Verhalten der Pseudogesellschaft kann sich nicht jeder Dritte berufen, auf jeden Fall nicht derjenige, der den gegenteiligen Willen der Scheingesellschaft kennt (127).

b) Wirkungen

1. Faktische Gesellschaft (128)

Wie bereits oben dargelegt, kann die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages verschiedene Ursachen haben. Nach den allgemeinen Grundsätzen wird das nichtige Rechtsgeschäft (genauer gesagt, das ursprünglich nichtige, unwirksame, das an-

---

(124) Fortsetzung:
gleichwohl anerkannt, dass entsprechend der deutschen herrschenden Lehre die gesetzlichen Beschränkungen für die Kaufmannseigenschaft bedeutungslos sind. Vgl. Karavas Bd. I, § 148 ff. - 122, S. 250 und § 57, 55, 121. Krokidas aaO., § 95. Simitis Bd. II, S. 91. OLG Athen 1170/1910 in Themis KB, S. 517. Derselbe 122/1922 in Themis ∏Γ, S. 393. Ferner Lyon-Caen et Renault, Bd. I, aaO., § 103. Escarra Bd. I aaO., § 171, S. 186. Zu c) ist allgemein zu sagen, dass alle gesetzlichen Beschränkungen, die für die Kaufmannseigenschaft des oHG-Gesellschafters und der Gesellschaft selbst bedeutungslos sind, den Händen der Kontrahenten nicht jeden vertraglichen Spielraum dergestalt entziehen, dass anderweitige Vereinbarungen unmöglich wären. Demnach ist die Gesellschaft in solchen Fällen scheinempfänglich. Hierzu gehört noch die Bestimmung des § 5 HGB.

(125) Staudinger, Komm. zum BGB, Bd. I, Allg. Teil, § 117, Anm. 10.

(126) Dieses Problem wird unten angeführt werden.

(127) Vgl. allgemein Düringer-Hachenburg aaO., § 123, Anm. 10. Staub aaO., § 123, Anm. 10. Cohn aaO., S. 86. Weitere Ausführungen vgl. unter

(128) Vgl. Hueck, Das Recht der oHG, § 7. Mängel des Gesellschaftsvertrages, insbesondere III. H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 5 III, S. 38; derselbe, Faktische Vertragsverhältnisse in NJW 1958, 1 ff. Haupt, Gesellschaftsrecht, § 6, S. 24 ff. E. Langen aaO. Cohn aaO., insbesondere S. 35 ff. Lobedanz aaO. Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse. Larenz, Schuldrecht, Bd. II, § 56 VII, S. 262 ff. Petrizi Bd. I, §§ 112 ff. Bd. II, § 238. Karavas aaO., Bd. II, §§ 246 - 269. Anastassiadis aaO., § 107, insbesondere 107 a.

fechtbare) hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre (129) (Mot. z. BGBl 217. Art. 180 AK), oder nach erfolgter Anfechtung mit rückwirkender Kraft beseitigt, also mit Wirkung nicht "ex nunc", sondern "ex tunc" (130): "Quod nullum est nullum producit effectum" (131). Diese Wirkungen treffen der Kern des Problems der "faktischen Gesellschaft" und waren auch der tiefere Grund, weshalb Wissenschaft und Praxis die "théorie générale des sociétés de fait" geschaffen haben. Die Möglichkeit, diese unbefriedigenden Wirkungen in sehr eingeschränktem (132) Umfang auf den Bereich des Gesellschaftsverhältnisses Anwendung finden zu lassen, ist ausschliessliches Verdienst der Wissenschaft der neueren Zeit. Kurz nach der Kodofikation des Code de Commerce war dieses Problem aufgetaucht und hat die französische Wissenschaft und Praxis eingehend beschäftigt (133). Zwar sehen der Code de Commerce sowie der EN Art. 42 Abs. 3 und Art. 46 Abs. 3 vor, dass die aus einer Verletzung von Ordnungsvorschriften herrührende Nichtigkeit der oHG Dritten nicht entgegengesetzt werden kann; jedoch sagen die Vorschriften nichts bezüglich der übrigen privatrechtlichen Nichtigkeitsgründe, noch über die Rechtsfolgen einer solchen Nichtigkeit aus. Es ist sehr wohl denkbar, dass mit dem Augenblick, wo eine nichtige oHG ihren Geschäftsbetrieb eröffnet (oder nur vorbereitet), ein ganzes Netz von Rechtsbeziehungen der Gesellschafter für das Verhältnis untereinander und das Verhältnis der Gesellschafter oder der Gesellschaft zu Dritten hergestellt wird. Bildlich ausgedrückt stellt sich das wie bei einem Gewebe dar, in dem ein Faden durchgeschnitten wird, was zur Folge hat, dass dann auch die übrigen Fäden davon beeinträchtigt werden (134). Es würde eine schwere Schädigung für das Recht und die Aequitas des

---

(129) Cohn aaO., S. 14. Karavas aaO., Bd. II, § 248.

(130) Haupt aaO., S. 24.

(131) Karavas aaO., S. 248.

(132) Haupt aaO., S. 24. Hueck aaO., § 7 III, insbesondere III, 2 a).

(133) Vgl. Lyon-Caen et Renault, Aufl. 1833, § 313. Pont aaO., Nr. 1262 - 68. Petrizi aaO., Bd. I, § 113, insbesondere von Dalloz, Jurisprudence générale repertoire - Sociétés, aaO., § 853, der über die Wirkungen der Rechtsgeschäfte, die zur Zeit der tatsächlich existierenden nichtigen oHG eingeführt war, angenommen hat, dass sie nicht von den Bestimmungen des allgemeinen Teils des Zivilrechts geregelt werden müssen, sondern von dem nichtigen Gesellschaftsvertrag, wenn ein solcher zwischen den Kontrahenten abgeschlossen war, widrigenfalls von den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts infolge der Sanktionierung des Dogmas der société de fait. Ferner Petrizi aaO., Bd. II, § 283. OLG Athen 1635/1890 in ähnlichem Sinne.

(134) Möhler, Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages bei der offenen Handelsgesellschaft, Tübinger Diss. 1907, S. 36. Cohn aaO., S. 39. Das bedeutet, dass die Nichtigkeit der oHG sich nicht nur auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander beschränkt, sondern, wie wir noch sehen werden, auch

Rechts bedeuten, wenn wir die allgemeinen Bestimmungen über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit bei einer nichtigen oHG ohne Beschränkungen anwenden wollten, und nach dem Bereicherungsrecht ein Ausgleich geschaffen werden müsste, denn eine solche Lösung muss zu unüberwindlichen Schwierigkeiten führen. Darauf weist insbesondere Hueck hin, wenn er ausführt (135): "Es ist (tatsächliches) gemeinschaftliches Vermögen gebildet worden, die Beiträge der einzelnen Gesellschafter sind meist nicht mehr in der Natur vorhanden, das Geld ist ausgegeben, die Grundstücke sind bebaut, eingebrachte Maschinen aufgestellt und abgenutzt, Forderungen eingezogen worden; die Gesellschaft hat Schulden gemacht, für die die Gesellschafter gemeinschaftlich haften, umgekehrt hat die Gesellschaft Aussenstände erworben, es ist Gewinn oder Verlust entstanden; einzelne Gesellschafter haben ihre Arbeitskraft eingesetzt, sie haben Aufwendungen gemacht und wollen jetzt Ersatz haben. Geschäftsgeheimnisse sind mitgeteilt worden, die Gesellschaft hat ihrerseits immaterielle Werte geschaffen, sie hat Erfahrungen gesammelt, Beziehungen zur Kundschaft angeknüpft, durch kostspielige Reklame für ihre Firma einen Ruf erworben, eine vielleicht sehr wertvolle Organisation aufgebaut, usw." Oder, wie Hémard (136) sagt: "Es gibt eine Vergangenheit, die man nicht negieren, vollendete Tatsachen, die man nicht auslöschen, Verträge, die man nicht zerstören kann." Ausserdem ist das moralische Element nicht zu übersehen, wie es von Ripert (137) bei der Nichtigkeit der AG herausgearbeitet worden ist: "Die Erfahrung zeigt, dass diejenigen, die die Nichtigkeit (der AG) verlangen, nicht immer zur Wiederherstellung des Unrechts streben, und dass Klage vor Gericht zuweilen von Spekulanten erhoben wird, die die Herabziehung des Wertes der Aktientitel bezwecken oder noch von Erpressern, die die Gründer bedrohen." Gegenüber diesen unvernünftigen Unschicklichkeiten und Schwierigkeiten haben Wissenschaft und Praxis infolge der Häufigkeit der Nichtigkeitsklagen ihre Stellung mutig bezogen, um die Unvollkommenheit der Gesetze zu beseitigen. Sie haben systematisch versucht, die richtige Lösung des Problems auf der Grundlage ihrer Erkenntnis dem Gesetz (138) zu

---

(134) Fortsetzung:
das Aussenverhältnis betrifft. Wenn die allgemeinen Grundsätze anzuwenden sind, so müssten auch noch die Rechtsgeschäfte, die von gutgläubigen Dritten mit der nichtigen oHG geschlossen wurden, trotz des Bekenntnisses nichtig sein. Vgl. Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III.

(135) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III. Vgl. in ähnlichem Sinne die Entscheidung des OLG Athen 678/1882 in Zeitschrift griechische und französische Rechtsprechung, Jahrb. B. S. 354. Petrizi aaO., Bd. I, § 112. Karavas aaO., Bd. II, § 248.

(136) Hémard, Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait, 2. Aufl., Paris, 1926, Nr. 73. Cohn aaO., S. 74.

(137) Ripert, Théorie élém. de droit comm., 1948, Nr. 1010. Karavas aaO., Bd. II, § 249, Fussnote 2.

(138) Hier kann - wie oben bereits dargelegt - auf den Code de Commerce Art. 42

entnehmen, so dass Übereinstimmung mit den Lebenstatsachen erreicht wird und alle Interessen einen gerechten Ausgleich erfahren (139).

Ihre Grundgedanken besagen, dass das tatsächliche Bestehen einer nichtigen Gesellschaft - bzw. einer oHG, wovon hier die Rede ist - als ein gültiges Rechtsverhältnis (140) zu behandeln sei, denn es könne der Rechtsordnung wenigstens bis zu dem Zeitpunkt der Aufdeckung und Geltendmachung des Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrundes nicht einfach ignoriert werden (141). Die nichtige Gesellschaft ist zwar keine société de droit, aber sie stellt immerhin eine société de fait (142) dar, deren Existenz das Recht, wenigstens solange sie gedauert hat, Rechnung tragen muss (143). Dementsprechend können die Unwirksamkeitsfolgen der nichtigen Gesellschaft erst nach der Geltendmachung der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe und nur für die Zukunft (144) "ex nunc" und nicht "ex tunc", wie es für die all-

---

(138) Fortsetzung:
Abs. 3 und Art. 46 Abs. 3 verwiesen werden. Dieses jedoch unvollkommene - (vgl. Cohn aaO., S. 73) System der Nichtigkeit der oHG hat das griechische Recht übernommen und die wegen dieser Nichtigkeit geschaffene Théorie générale des sociétés de fait genannt. Vgl. Rallis aaO., § 151. Krokidas aaO., §§ 316, 322. Anastassiadis aaO., § 75, Fussnote 19. Petimezas aaO., Bd. II, § 80. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 66 III c und IV, 1. Karavas aaO., Bd. II, § 253.

(139) Hémard aaO., Nr. 8. Cohn aaO., S. 75.

(140) So Hémard, Théorie et prat. des nullités des sociétés usw., 2. Aufl., 1926, Nr. 353: Die anomale (bzw. die nichtige) Gesellschaft hat trotz der sie vernichtenden Fehler, solange diese nicht geltend gemacht sind, dieselben Rechtswirkungen wie eine normale Gesellschaft. Sie gilt als (gültiges) Rechtsgeschäft. Von deutscher Seite vgl. Haupt, Gesellschaftsrecht, § 6 I B. Derselbe, Faktische Vertragsverhältnisse, 1941, S. 17. Simitis aaO., S. 107 ff. und 533. H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 5 III. Larenz Bd. II aaO., § 56 VII, S. 262. Cohn aaO., S. 76. Hueck, Das Recht der oHG, § 7, III. Von griechischer Seite vgl. Karavas aaO., Bd. II, § 253. Petrizi aaO., Bd. I, § 112 und und Bd. II, § 283. OLG Athen 1635/1890.

(141) Larenz aaO., Bd. II, S. 262.

(142) Hémard aaO., Nr. 352. Cohn aaO., S. 74.

(143) H. Lehmann aaO., § 5 III, S. 39.

(144) Haupt, Gesellschaftsrecht, § 6. H. Lehmann § 5 III. Larenz Bd. II aaO., § 56 VII, S. 263. Karavas aaO., Bd. II, § 253. Petrizi aaO., Bd. II, § 283, der von einem moralischen Dogma spricht. Es wird von allen anerkannt - wie es noch die französische Lehre tut - vgl. Hémard aaO., Nr. 8. Cohn aaO., S. 75. Karavas aaO., Bd. II, § 253 - dass die société de fait nicht in allen Beziehungen die Wirkung einer gültigen Gesellschaft haben soll, sondern nur soweit die praktischen Bedürfnisse es erfordern, also grundsätzlich zum Zweck

gemeinen Nichtigkeits- und Anfechtungsbestimmungen gilt, eintreten, da das Schwergewicht nicht auf dem Gesellschaftsvertrag, sondern auf der faktischen Bildung der Gesellschaft und der Eingliederung der Gesellschafter in sie liegt(145). Diese Erkenntnis hatte eine neue Einteilung der Nichtigkeit in rückwirkende und nicht rückwirkende parallel der absoluten und relativen Nichtigkeit zur Folge(146). Dieser Grundgedanke, dass trotz der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes lediglich durch die Verwirklichung des äusseren Tatbestandes Rechtswirkungen eintreten können, war die Basis, auf welche sowohl die französische wie die deutsche und griechische Jurisprudenz die Anerkennung der société de fait gebaut haben.

Ponts (147) Versuch, den Gesellschaftsvertrag mit der Ehe in Beziehung zu setzen, ist nicht ohne Bedeutung, denn die nichtige oHG kann mit der nichtigen Ehe durchaus in einigen Punkten verglichen werden. Der Code Civil, das BGB und der AK bestimmen, dass, wenn der Eheabschluss an Mängeln leidet, erst nach Geltendmachung der Ehenichtigkeits- oder Aufhebungsgründe (148) die Ehe so anzusehen ist, als ob sie rechtlich überhaupt nicht vorhanden wäre; also wirken die Nichtigkeitsfolgen "ex tunc" (vgl. BGB § 1344, jetzt EheG § 23. AK Art. 1381). Das tatsächliche Bestehen der nichtigen Ehe hat Tatsachen geschaffen, die das Gesetz nicht ignorieren kann. Zur Anerkennung dieser theoretischen Vorstellung einerseits und zur Vernichtung der normalen rückwirkenden Nichtigkeitsfolge andererseits bestimmt das Zivilrecht weiter, dass trotz der Nichtigkeit des Eheabschlusses die Kinder aus einer für nichtig erklärten Ehe die Eigenschaft der ehelichen Kinder behalten (vgl. BGB § 1699, jetzt EheG § 25. Art. 1382 AK). Auch kann ferner gutgläubigen Dritten, die mit einem der Ehegatten Rechtsgeschäfte vorgenommen haben, die Nichtigkeit der Ehe nicht entgegengesetzt werden (vgl. BGB § 1344 Abs. 1, jetzt § 27 EheG. Art. 1385 AK).

Diese vom Gesetz im Eherecht geschaffene beschränkte Nichtigkeitsfolge könnte

---

(144) Fortsetzung:
der Abwicklung. Vgl. Larenz aaO., S. 263. H. Lehmann § 5 III. Karavas aaO., § 253.

(145) Vgl. RG Bd. 166, S. 59. Haupt aaO., § 6 I B.

(146) Langen aaO., S. 21.

(147) Pont aaO., Nr. 1262 ff. Hémard aaO., Nr. 6. Langen aaO., S. 21. Cohn aaO., S. 76 ff.

(148) Die Nichtigkeitsgründe, die, wie im Text angeführt, rückwirkende Kraft haben, sind in §§ 17 - 22 EheG. und Art. 1350 - 1364 AK geregelt. (§ 16 EheG. Art. 1372 AK). Anfechtungsgründe sind nur die Fälle der §§ 30 - 34, 39 EheG. und Art. 1374, 1375 AK. Das deutsche Recht lässt die Anfechtung der Ehe nur mit Wirkung für die Zukunft zu (§§ 37, 39 EheG. Palandt, Einführung vor § 28 EheG. Enneccerus-Nipperdey aaO., § 168 a II). Das griechische Recht bestimmt ähnlich (Art. 1383, 1384 AK). Die Regel Art. 184 AK wird aber dadurch nicht aufgehoben.

als Modell für die nichtige oHG herangezogen werden. Die Einschränkungen, welche die tatsächliche Bedeutung des Sozialgebildes anerkennen, sind ebenso noch in anderen Gebieten des Privat- und öffentlichen Rechts anzutreffen (149). Hinsichtlich des Innenverhältnisses einer nichtigen, aber in Vollzug gesetzten oHG wurde bereits dargelegt, dass das tatsächliche Bestehen der Gesellschaft in der Vergangenheit als solches nur für die Zukunft nach der Geltendmachung der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe berücksichtigt werden muss und insoweit nur der

---

(149) a) Auf dem Gebiet der Kapitalgesellschaften ist auf die Vorschrift des § 311 HGB, der im neuen AktG § 218 seinen Niederschlag gefunden hat, sowie § 77 GmbHG und § 97 GenG zu verweisen, die besagen, dass die Gesellschaft trotz des Nichtigkeitsgrundes besteht und nur nach Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes - durch Auflösungsklage - zur Abwicklung gebracht werden kann. Vgl. RG Bd. 148, S. 225. Weipert in Grosskomm. zum AktG § 216 Anm. 18. Cohn aaO., S. 79. G. Ritter, Anm. 2 b zu § 216 AktG. Gierke, Handelsrecht usw., § 41 V, 1 d. Von französischer Seite können ausser den erwähnten Bestimmungen der Art. 42 Abs. 3 und 46 Abs. 3 Code de Commerce, die ganz allgemein auf jeden Gesellschaftstypus anwendbar sind und die bestimmen, dass die Gesellschafter die Nichtigkeit gegenüber Dritten nicht geltend machen können; das bedeutet mit anderen Worten, dass das Gesetz selbst zur Anerkennung des faktisch geschaffenen Gebildes schreitet. Ferner ist die entsprechende Vorschrift der VO vom 30. Oktober 1935 zu erwähnen, die die Frist der Geltendmachung der Nichtigkeitsgründe von 10 Jahren auf 5 Jahre herabgesetzt hat, und das macht deutlich, dass die Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes und damit die Nichtigkeit der Gesellschaft erschwert werden soll, was nichts anderes bedeutet, als die Anerkennung der faktischen Gesellschaft. Vgl. dazu Art. 1304 Code Civil. Pont aaO., § 1239. Dalloz aaO., § 1263. Lyon-Caen et Renault, Traité, § 218. Petrizi aaO., Bd. II, § 281, der sich den erwähnten Autoren anschliesst, dass die in Art. 42 Code de Commerce und EN vorkommende Nichtigkeit der Gesellschaft keiner Frist unterliegt. Gegen diese älteren Ansichten vgl. Ripert, Traité élémentaire de droit commerce, 1948 Nr. 1010 ff. Karavas aaO., Bd. II, § 250 und Art. 250 AK, griechisch betrachtet. Von italienischer Seite vgl. Art. 2331 Abs. 2 und 2332 des italienischen BGB, 1942, die den §§ 217 ff. des deutschen AktG entsprechen. Literatur dafür Salandra, La nullità della società il nuovo codice in Riv. Dir. Comm. 1946, Bd. I, S. 13 ff. Brunetti, Trat. del dir. delle società, Bd. I, 1948, Nr. 52. Vivante 5. Aufl., Bd. II aaO., Nr. 380 ff. Karavas aaO., Bd. II, § 252.

b) In ähnlichem Sinne über die clausula rebus sic stantibus in der Zeit der Geldentwertung vgl. RGZ Bd. 103, S. 328 ff. Bd. 106, S. 8 ff. Bd. 107, S. 19 ff. Cohn aaO., S. 80. Zum öffentlichen Recht vgl. RGZ Bd. 123, S. 23/24. Cohn aaO., S. 80 ff. und die von ihm angeführte Literatur.

Abwicklung des Gesellschaftsverhältnisses dienen darf (150), d. h. die Existenz des tatsächlich geschaffenen Gebildes, das von der Invollzugsetzung der nichtigen Gesellschaft bis zu ihrer Auflösung gedauert hat (151), ist bezüglich der Auseinandersetzung der faktisch gebundenen Gemeinschaften wie eine rechtsgültig errichtete und aufgelöste Gesellschaft, die sich im Abwicklungsstadium befindet, zu behandeln (152).

Diese Erkenntnis führt aber noch nicht ohne weiteres zur Lösung des Problems der faktischen Gesellschaft, denn es tauchen darüberhinaus eine Reihe von Einzelfragen auf. Es wird zuerst gefragt, ob, ohne dass überhaupt ein Vertrag geschlossen worden ist, eine faktische Gesellschaft entstehen kann, oder anders ausgedrückt, ohne einen rechtserheblichen Willen der Parteien trotzdem entsprechende Rechtsfolgen eintreten können. Die Meinungen darüber sind geteilt. Zwar sind sich alle Autoren einig, dass sowohl für den Fall, dass kein Versuch zum Abschluss eines Vertrages unternommen wird wie für den, wo ein solcher wirkungslos geblieben ist, nicht von einer gültigen oHG gesprochen werden kann (153). Weiterhin behaupten manche, dass ohne den Versuch, einen Gesellschaftsvertrag überhaupt zu schliessen, auch von einer faktischen Gesellschaft nicht geredet werden kann. Diese Lehre geht von dem Grundsatz aus, dass in dem Bereich des Privatrechtsverkehrs jemand nur dann innerhalb des ihm offenstehenden Wirkungskreises seine Rechtsbeziehungen in der von ihm gewollten Art gestalten darf, wenn er seinen Willen erkennbar geäussert hat (154). Nur durch vertragsmässige Willenserklärung können die Beteiligten gebunden und eine oHG errichtet werden; nur unter der Voraussetzung eines rechtmässigen Vertragsverhältnisses können die Normen des oHG-Rechts Anwendung finden (155); nur durch dieses Vertragsverhältnis kann die

---

(150) Hémard aaO., Nr. 352. Cohn aaO., S. 82. H. Lehmann aaO., S. 5 III, 1, S. 39.

(151) Lobedanz aaO., S. 26.

(152) H. Lehmann aaO., § 5 III, 1, S. 39. Haupt, Gesellschaftsrecht, § 6 I, 1 b, S. 26. Larenz Bd. II aaO., § 56 VII, S. 263. RG Bd. 165, S. 193 und die in obiger Fussnote 135 angeführte deutsche Literatur. Lyon-Caen et Renault Bd. II, 1, Nr. 236. OLG Athen 483/1914 in Themis Bd. 26, S. 143. Areiopag 130/1927 in Themis Bd. 38, 441. OLG Patrae 144/1930 in Themis Bd. 41, S. 787. Areiopag 216/1932 in Themis Bd. 43, S. 610. Anastassiadis aaO., § 75. Karavas aaO., Bd. II, / 256. Escarra (-Rault) Soc. commerce, 1950, Nr. 177, der sagt, dass das Problem der Begründung der Theorie der faktischen Gesellschaft Problem der Kenntnisse der Regeln, die die Abwicklung der Gesellschaft klären, ist.

(153) Hueck, Das Recht der oHG, § 7, S. 44. Simitis aaO., S. 107.

(154) Düringer-Hachenburg (Geiler) HGB Bd. II, 1. Das Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Rechts, Anm. 295. Lobedanz aaO., S. 16.

(155) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 I, Fussnote 6.

Grenzlinie zu der blossen Rechtsgemeinschaft - communio iuris - deutlich erhalten werden (156), und schliesslich kann man nur dann von einem faktisch geschaffenen Gebilde sprechen, wenn die Kontrahenten den Versuch, einen Gesellschaftsvertrag zu schliessen, gemacht haben, dieser jedoch missglückt ist (157). Die Kontrahenten müssen also insgesamt, bewusst und gewollt die Gründung einer oHG bezweckt haben, dieser Versuch jedoch aus irgendeinem Grunde gescheitert sein. Die vertragliche Einigung der Beteiligten, eine oHG zu errichten, ist für die Innenwirkung der Anerkennung der faktischen Innengesellschaft die entscheidende Tatsache (Faktum), so dass ohne eine solche vertragsmässige Willenseinigung - sei es auch, dass sie Mängel hat - der Beteiligten überhaupt keine faktische Gesellschaft begründet werden kann (158).

Dagegen wird von anderen (159) behauptet, dass das RG (160) in seiner ständigen Rechtsprechung bezüglich der rechtlichen Anerkennung einer faktischen Gesellschaft im Gegensatz zum BGH das Vorhandensein eines Vertrages - wenn er auch rechtlich mangelhaft ist - nicht als nötig angesehen hat (161). Nach dieser Auslegung war es Auffassung des RG, dass dem einmal tatsächlich geschaffenen Gebilde die rechtliche Anerkennung als Gesellschaft nicht abgesprochen werden sollte, denn in seiner Rechtsprechung betont das RG, dass ein "tatsächliches Zusammenwirken" unter den Gesellschaftern stattgefunden hat (162), das in sich die Kraft hat - kraft sozialen Kontakts - die rechtliche Anerkennung der Verbindung der Gesellschafter als Gesellschaftsverhältnis im Hinblick auf seine Abwicklung zu behandeln. Das bedeutet - nach dieser Auffassung - dass das RG die Betätigung der Gesellschafter als essentielles Moment der faktischen Gesellschaft angenommen hat, also dass die Problematik der faktischen Gesellschaft nicht nur in den Fällen, in denen ein an Mängeln leidender Vertrag vorliegt, anzutreffen ist, sondern viel-

---

(156) H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 43.

(157) Vor allem die Rechtsprechung des BGH, BGHZ Bd. 11, S. 190 - NJW 54, S. 231; Bd. 3, S. 288 - NJW 52, S. 97 ff. Bd. 8, S. 157 und Bd. 15, S. 190. H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 43. W. Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe, 1957, S. 45 und 61. Hueck, Das Recht der oHG, S. 2 und Fussnote 3, jetzt auch Fischer in NJW 55, S. 849.

(158) Vgl. die oben in der Fussnote 157 angeführte Literatur.

(159) Simitis aaO., S. 159 ff. Zur Grundlage der gesamten Problematik dieses Gesichtspunktes der faktischen Gesellschaft vgl. frühere Ansichten bei Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 9 ff. und 21 ff., derselbe in ZAkDR 1943, S. 237 ff.

(160) Vgl. insbesondere RGZ Bd. 166, S. 59. Bd. 165, S. 201. Bd. 163, S. 375. JW 35, S. 2617 und OLG Danzig in ZAkDR 1943, S. 237. Simitis aaO., S. 159. Haupt in ZAkDR 1943, S. 238.

(161) Simitis aaO., S. 159.

(162) Vgl. die in Fussnote 145 angegebene Rechtsprechung.

mehr auch in jenen Fällen, in denen überhaupt kein Gesellschaftsvertrag vorliegt.

Geht man von der Richtigkeit dieser Ansicht (163) aus, so ist bemerkenswert, dass sie mit der französischen Lehre in Einklang steht. Die Franzosen (164) unterscheiden im Innenverhältnis zwischen "sociétés de fait proprement dites" und "sociétés créés de fait". Die erste entspricht in der Art der faktischen Gesellschaft, für deren rechtliche Annahme - wie nach der deutschen herrschenden Lehre - ein fehlerhafter Gesellschaftsvertrag Voraussetzung ist (165). Sie ist eine entartete vertragsmässige Gesellschaft, vom Gesetz anerkannt, und darf in sich alle Gesellschaftstypen einschliessen (166). Sie ist als eine vorzeitig aufgelöste Gesellschaft im Hinblick auf die Liquidation anzusehen, deren Rechtsfolgen stets nur ex nunc eintreten. Ihre Abwicklung erfolgt nach Gesellschaftsrecht, und die Rechte und Pflichten der Gesellschafter bestimmen sich grundsätzlich nach dem Gesellschaftsvertrag, der für diese Frage als wirksam zustandegekommen angesehen wird. Eine Ausnahme hiervon bilden allerdings diejenigen Bestimmungen, die gegen zwingende gesetzliche Verbote oder gegen die guten Sitten verstossen (167).

Im Gegensatz hierzu beruht die "société créé de fait" auf der blossen Tätigkeit der "Gesellschafter" als Mitglieder einer oHG (168). Ein Gesellschaftsvertrag ist für ihre rechtliche Entstehung nicht wesentliche Voraussetzung. In der Tatsache der Betätigung liegt das entscheidende Merkmal für die Existenz der société créé de fait (169). Demgemäss kann sie nur den Gesellschaftstypus der Personalgesell-

---

(163) Vgl. weitere Ausführungen dieser Lehre, dass die faktische Gesellschaft nur auf der Betätigung der Beteiligten beruht und dass der Gesellschaftsvertrag überhaupt keine wesentliche Voraussetzung für ihre Annahme ist, der lediglich als erklärende und nicht gestaltende Funktion zu ihrer Errichtung hinzukommt. Simitis aaO., 188 ff. Haupt- Gesellschaftsrecht, S. 24. Schumann in DR 1943, S. 268. Gegen diese Annahme vgl. Siebert, Faktische Vertragshältnisse, S. 45. Larenz, Bd. II, § 56 VII, S. 262/63.

(164) Eine vollständige Darstellung kann man bei Hémard aaO., Nr. 159. Escarra (-Rault) Soc. comm. Bd. I, 1950, Nr. 176 und Karavas Bd. II aaO., § 260 finden.

(165) Dalloz aaO., Bd. II, 1893, § 505. Karavas aaO., Bd. II, § 260.

(166) Escarra (-Rault) Soc. comm., Bd. I, 1950, Nr. 176, S. 205 - 206. Karavas aaO., Bd. II, § 260, S. 255.

(167) Hémard aaO., Nr. 532. Lyon-Caen et Renault aaO., Bd. II, Nr. 236. Ripert, Traité de dr. comm., 1948, Nr. 662. Escarra (-Rault) Soc. comm., Bd. I, 1950, Nr. 186. Von griechischer Seite vgl. in ähnlichem Sinne Karavas Bd. II aaO., § 260. Areiopag 216/1932 in Themis Bd. MΓ, S. 611. Derselbe 360/1949 in Themis Bd. ΘΘ, S. 445.

(168) Den Fall kann ebensogut die aufgelöste und ohne weiteres fortgesetzte Gesellschaft bilden. Vgl. Karavas aaO., Bd. II, § 260.

(169) Karavas aaO., Bd. II, § 260 und die von ihm angeführte Literatur.

schaften, nämlich der oHG, bekleiden (170). Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter sind im Hinblick auf die Abwicklung der faktischen Gesellschaft nach den allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts zu regeln, denn - wie erwähnt - liegt ein Gesellschaftsvertrag, von dem sie aufgenommen werden könnte, ja überhaupt nicht vor (171).

Im Gegensatz zu diesen begrifflichen Lösungsversuchen der Problematik der faktischen Gesellschaft geht Huecks (172) Lösungsversuch von einem anderen Ausgangspunkt aus. Nach seiner Auffassung kommt es nicht darauf an, ob eine tatsächliche Gemeinschaft begründet ist, sondern darauf, welche Vorschriften auf den geschaffenen Sachverhalt anzuwenden sind, oder wie Petrizi (173) sich ausdrückt: "Das Problem ist nicht, ob das nichtige Rechtsgeschäft irgendwelche Rechtswirkungen zeitigt, sondern welche Bestimmungen auf die vorhandenen Tatsachen angewendet werden können." Nach dem obengenannten (vgl. S. 8 ff.) ist das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens für die rechtliche Entstehung einer Personalgesellschaft - bzw. einer oHG - nicht begriffsnotwendig. Wird ein Gesellschaftsvermögen, das vom Gesellschaftsvertrag vorgesehen war, durch Beiträge der beitragspflichtigen Gesellschafter geschaffen, so steht es entweder den Gesellschaftern zur gesamten Hand oder nach griechischem Recht der juristischen Person zu. Ist aber der Gesellschaftsvertrag nichtig, dann sind die Gesellschafter nicht verpflichtet, die versprochenen Beiträge zu leisten. Sind trotzdem Beiträge geleistet, und ist die Gesellschaft in Vollzug getreten, so ist ein tatsächliches gemeinsames Vermögen geschaffen, das weder den angeblichen Gesellschaftern zur gesamten Hand gehört, noch Bruchteilseigentum geworden ist (174).

---

(170) Cass. 28. April 1913. Sirey 1913, Bd. I, S. 564. Escarra (-Rault) Soc. comm., Bd. I, Nr. 176. Karavas aaO., Bd. II, § 261. In den wenigsten Fällen kann sie als Kommanditgesellschaft angesehen werden. Vgl. OLG Toulouse 15. Juni 1919 in Journ. Soc. 1919, S. 518.

(171) Handelsgericht Nantes 6. März 1922 in Journ. Soc. 1923, S. 286. Escarra (-Rault) Soc. comm., Bd. I, Nr. 183, 179. Karavas aaO., Bd. II, § 261.

(172) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 und Fussnote 5.

(173) aaO., Bd. II, § 113.

(174) Hueck aaO., § 7 III. Cohn aaO., S. 40. Lebedanz aaO., S. 49. Die Eigenart des Gesamthandseigentums ist nur darin zu finden, dass besondere Rechtsziehungen unter bestimmten Personen - wie es bei einer gültigen oHG zutrifft - stattgefunden haben. Dies ist aber bei einer nichtigen oHG nicht der Fall, denn Voraussetzung der Existenz dieser Rechtsbeziehungen ist die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages. Es steht den Beteiligten nicht frei, eine solche Eigentumsform willkürlich zu schaffen. Weiterhin sind auch die geleisteten Beiträge nicht Bruchteilseigentum der Gesellschafter, denn die Willenserklärungen waren nicht darauf gerichtet. Vielmehr ist es so, dass die tatsächlich vorhandene Vermögensmasse ein Gemisch aus Eigenrechten und Bruchteilsberechtigungen der Gesellschafter bildet. Vgl. Cohn aaO., S. 42.

Diese Lehre umgeht die Frage, ob die faktische Gesellschaft nun eine vollgültige Gesellschaft ist oder nicht; sie stellt allein darauf ab, inwieweit die geschaffenen Zustände eine Anwendung von oHG-Recht erzwingen. Sie lässt alle Konstruktionsprobleme beiseite und beschränkt sich auf den Kern der Sache (175, 176).

Die Auffassung der früher herrschenden deutschen Lehre ging dahin (177), dass unter den angeblichen Gesellschaftern nach Invollzugsetzung des fehlerhaften und angefochtenen Gesellschaftsvertrages eine Auseinandersetzung in der Regel sich nur nach den oben genannten Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestimmen könne. Sie ging also davon aus, dass die Vorschriften der §§ 145 ff. des HGB, die das Liquidationsstadium betreffen, nur für die Auflösung einer gültigen oHG in Betracht kommen. Diese Voraussetzungen treffen aber auf das faktische Gemeinschaftsverhältnis nicht zu (178). Eine analoge Heranziehung des Falles, wie er vom Gesetz im § 311 HGB, jetzt § 218 AktG, vorgesehen ist, ist hier nicht gerechtfertigt, da es sich hierbei um eine Sonderregelung handelt, die nicht ausgeweitet werden darf (179). Zweck des Liquidationsverhältnisses ist allgemein, das Gesellschaftsvermögen aus seiner früheren Gebundenheit zu lösen und dem privaten Vermögen der Gesellschafter wieder zuzuführen. Dies wird - nach dieser früheren Ansicht - bei der nichtigen oHG durch Anwendung des Gemeinschaftsrechts der §§ 741 ff. BGB (180) (entspr. griech. Art. 785 ff. AK) erreicht und nicht nach den Gesamthandsgrundsätzen, denn - wie erwähnt - wird bei der nichtigen oHG kein Gesamthandsvermögen geschaffen. Aus diesem Gesichtspunkt hat sich - mit geringen Aus-

---

(175) Hueck aaO., § 7.

(176) Hueck aaO., § 7 und Fussnote 5. Vgl. dazu Simitis aaO., S. 219.

(177) Düringer-Hachenburg, HGB aaO., § 105, Anm. 17. Staub Einl. zu § 133. Cohn aaO., S. 84. OLG 27, 333, Fussnote 1, 44, 199. Staudinger-Geiler BGB § 705, Anm. 37. Vgl. allgemein für das frühere Recht Seuff. Arch. 38, Nr. 321 und RG in Seuff. Arch. 89, Nr. 133. Sie haben dafür erklärt, dass eine solche Annahme zu billigen Ergebnissen führen mag, denn nach § 749 BGB - entsprech. griech. Art. 795 AK - zum Gegensatz der §§ 131 ff. HGB - entsprech. griech. Art. 765 ff. AK - kann jeder Teilhaber zu jeder Zeit die Aufhebung der Gesellschaft verlangen (vgl. OLG 44, 199. Wieland, Handelsrecht, S. 532. Cohn aaO., S. 84). Nach § 742 BGB, entspr. griech. Art. 785 Abs. 2, ist nur im Zweifelsfalle anzunehmen, dass die Anteile der Teilhaber gleich sind; sie werden also grundsätzlich nach der Einlage der einzelnen Teilhaber berechnet (vgl. Cohn aaO., S. 84. Tzirindanis Bd. II, aaO., § 70 III). Weitere Ausführungen siehe Cohn aaO., S. 84 ff.

(178) Düringer-Hachenburg aaO., § 145, Anm. 7. Cohn aaO., S. 83. Lehmann-Ring aaO., § 145, Nr. 5. OLG 41, 203.

(179) Cohn aaO., S. 83. Vgl. Larenz Bd. II, § 56 VII, S. 262, der mit anderer Begründung zum selben Ergebnis kommt.

(180) Vgl. die obige Literatur in Fussnote 177.

nahmen (181) - die frühere Lehre (182) und Praxis (183) entwickelt und versucht, zu der Problematik der faktischen Gesellschaft neu Stellung zu nehmen. Das RG hat in seiner Rechtsprechung seit seiner Entscheidung vom 6. Mai 1932 (184) und insbesondere vom 19. 9. 1934 (185) festgestellt, dass, wenn der Gründungsvertrag der Gesellschaft an Mängeln leidet, die Vorschriften des allgemeinen Teil des BGB über mangelhafte Rechtsgeschäfte nur dann anwendbar sind, wenn es ihrem Zweck entspricht (186). Es hat angenommen, dass trotz der Nichtigkeit der Gesellschaftsvertrag, wenn er in Vollzug getreten ist, die Gründung eines tatsächlichen Gemeinschaftsverhältnisses unter den Beteiligten zur Folge habe, das zu seiner Auflösung einer besonderen Auseinandersetzung zwischen den angeblichen Gesellschaftern bedarf (187). Ist also der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund, an dem der Gesellschaftsvertrag leidet, erfolgreich geltend gemacht, so ist anzunehmen, dass eine Ausgleichung der bereits vollzogenen Beitragsleistungen sich nicht nach den Vorschriften des BGB-Rechts über die Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB, entspr. griech. Art. 785 ff. AK) vollzieht, sondern nach den besonderen Regeln des Gesellschaftsrechts, nämlich des oHG-Rechts § 133 und §§ 145 ff. HGB, in Verbindung §§ 730 ff. BGB, entsprechende griech. Art. 777 ff. AK und Art. 72 AK, richtet, die den oben genannten allgemeinen Gemeinschaftsvorschriften vorgehen (188). Nach dieser Erkenntnis wird weiter gefragt, ob die Vorschriften der §§ 145 ff. HGB, die dispositiv sind, wie bei einer gültigen oHG durch solche im Gesellschaftsvertrag enthaltene Bestimmungen ergänzt, abgeändert oder ganz ausgeschlossen werden

---

(181) Staudinger-Geiler, BGB § 105, Anm. 37. Düringer-Hachenburg, HGB § 105, Anm. 17. Schlegelberger HGB, § 105, Anm. 61/62.

(182) Haupt, Gesellschaftsrecht, S. 26. Lobedanz aaO., S. 46 ff. und S. 91. Kleppe, Die Anfechtung des Beitritts zu Personal- und Kapitalgesellschaften des Handelsrechts, Heft 23 der "Kölner Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen", Berlin, 1936, S. 10 ff. Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III. Derselbe, Gesellschaftsrecht, S. 61, 62.

(183) RG in JW 1935, 2617. RG Bd. 165, S. 193 ff. BGH B. 3, S. 285.

(184) RG in JW 1933, 1996, Nr. 1.

(185) RG in Warn. Rspr. 1934, Nr. 173. Vgl. Lobedanz, aaO., S. 24 ff.

(186) Lobedanz aaO., S. 25.

(187) RG in JW 1935, 2627, Nr. 1. Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 3. Lobedanz aaO., S. 25, Fussnote 35 und S. 46. Simitis aaO., S. 144.

(188) Hueck aaO., § 7 III, 3 und die Anm. Fussnote 177 und 178 angeführte Literatur und Rechtsprechung. Zur Rechtfertigung der Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechts wird weiter ausgeführt, dass die Gemeinschaft des BGB, die ihrem Wesen nach aus einzelnen Rechten besteht, für jedes einzelne Recht demnach eine besondere Auseinandersetzung anzunehmen ist. Dagegen besteht die tatsächliche Gemeinschaft aus mehreren Rechten, und für das ganze Vermögen als eine Einheit mag nur eine Auseinandersetzung zur Auflösung dienen (vgl. Hueck aaO., § 7 III, 3. Lobedanz aaO., S. 46).

können (189), also, ob der Gesellschaftsvertrag trotz seiner Nichtigkeit in dieser Hinsicht berücksichtigt werden kann. Die herrschende Lehre (190) hat die Anwendung solcher Vertragsbestimmungen, die den besonderen Verhältnissen der nichtigen Gesellschaft oder dem besonderen Interesse und den Wünschen der Beteiligten entsprechen, mit Recht grundsätzlich bejaht, denn in solchen Fällen kommen die gesetzlichen Bestimmungen nur zur Anwendung, wenn die Parteien nicht eine abweichende Regelung getroffen haben. Es ist hierbei davon auszugehen, dass die betreffenden Tatsachen nach den besonderen Vertragsbestimmungen geregelt werden müssen, aufgrund derer sie überhaupt erst geschaffen wurden (191).

Das RG (192) hat als weitere Folge erklärt, dass eine Auflösung durch die Erhebung einer Auflösungsklage wie bei einer gültigen oHG erreicht werden kann. Die Auffassung des RG ging dahin, dass wegen des Grundsatzes der Rechtssicherheit die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens einer oHG nur durch die Erhebung einer Auflösungsklage gemäss § 133 HGB (193) und nicht durch eine Kündigung gemäss § 723 BGB - entspr. griech. Art. 765 - 767 AK - gelöst werden kann. Es hat aus rechtspolitischen Gründen - wie es ausdrücklich feststellt - vgl. Fussnote 135 - zur Einschränkung der Nichtigkeits- oder Anfechtungsklagen aufgrund von Nichtigkeitsgründen oder Willensmängeln, die in der Vergangenheit liegen, nicht mehr die Kündigung als allein ausreichende Begründung für die Auflösung der Gesellschaft genügen lassen, sondern ein Gestaltungsurteil für erforderlich gehalten (194).

Voraussetzung für die Beendigung der mangelhaften Gesellschaft ist also ein rechtskräftiges Urteil, in dem der Nichtigkeitsgrund festgestellt und die Auflösung ausgesprochen werden. Erst bei Rechtskraft des Urteils ist die tatsächlich bestehende Ge-

---

(189) Hueck aaO., § 7 III, 3.

(190) Hueck aaO., § 7 III, 3. H. Lehmann aaO., § 5 III, 3, S. 40. Abweichend Lobedanz aaO., S. 48 ff. Ruland aaO., S. 86.

(191) So von französischer und griechischer Seite vgl. Dalloz aaO., Nr. 853. Delangle, 1843 aaO., Nr. 539. Pont aaO., 1880, Nr. 1262 ff. Lyon-Caen et Renault 1885, Nr. 313. Petrizi Bd. I aaO., § 113. Rallis aaO., § 151.

(192) RG in JW 1933, 1996[1]. RG in DR 1941, S. 1943, 1942, S. 275. RG 165, 199. RG in DR 1943, 801. BGH 3, 290. Vgl. dazu Siebert MDR 1952, S. 287 ff. Derselbe, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 43 ff. Simitis aaO., S. 145. Gierke, Handelsrecht, S. 45. Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 1 a. H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 40.

(193) Diese Bestimmung fehlt im griech. EN. Sie ist durch die Art. 765 ff. AK ersetzt.

(194) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 1 a. H. Lehmann aaO., § 5 III, 3, S. 40. Von griechischer Seite ist zu betonen, dass nach herrschender Lehre das durch die Auflösungsklage erlassene Urteil kein Rechtsgestaltungs-, sondern Anerkennungsurteil ist. Vgl. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 69 II.

meinschaft beendet. Das RG meinte, nicht jeder Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund, insbesondere, wenn er auf §§ 119, 123 BGB beruhe und bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages vorgelegen habe, reiche aus, um die spätere Auflösung der tatsächlich bestehenden Gemeinschaft herbeizuführen (195). Es hat vielmehr verlangt, dass ein wichtiger Grund im Sinne des § 133 HGB objektiv vorliegt.

Die neue Rechtsprechung des BGH (196), und mit ihr die herrschende Lehre, geht jedoch von dem Grundsatz aus, dass jede oHG auf dem freien Willensentschluss aller Gesellschafter beruhen soll, oder nach griechischem Ausdruck "οὐδεὶς ἄκων κοινωνός", und hat daher angenommen, dass jeder Anfechtungsgrund, insbesondere die im Sinne der §§ 119, 123 BGB, entspr. griech. Art. 140 ff., 150 ff. AK eine iusta causa darstellt, die für den Betreffenden die Grundlage für ein richterliches Auflösungsurteil bildet (197).

Die Erkenntnis, dass die einmal ins Leben getretene nichtige Gesellschaft so anzusehen ist, als ob sie gültig wäre, führt zu einer weiteren Frage: ob nämlich eine Gleichstellung der faktischen Gesellschaft mit der auf einem rechtsgültigen Vertrage

---

(195) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 1 b. Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 66.

(196) BGH 3, 285. Vgl. Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 1. H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 40. Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 66. Simitis aaO., S. 162 ff.

(197) Eine solche Annahme steht in Einklang mit den Quellen. Vgl. Cod. 63, § 10 P. 17, 2. B. 61, 12. 1., die bestimmen, dass die Auflösung der Gesellschaft ex personis, ex rebus, ex voluntate und ex actione erreicht werden kann. Im letzten Fall wurde wegen der Besonderheit des Gesellschaftsverhältnisses im konkreten Fall angenommen, dass die Auflösung nur ex iusta causa erreicht werden kann. Cod. 65, § 6. P 17 2. B. 12. 2. 63, § 6 und 12. 1. 14. Wegen Unklarheit der Quelle hat der Areiopag in seiner früheren Entscheidung Nr. 192, 1858, angenommen, dass die vor dem Fristablauf erfolgte Kündigung, die willkürlich und nicht ex necessitate erhoben wurde, trotzdem die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hatte. Dagegen die herrschende Lehre vgl. Petrizi aaO., Bd. I, § 179. Rallis aaO., Bd. I, § 276. OLG Athen, Nr. 1, 227, 1876. Das OLG Nauplion Nr. 829, 1874, vertrat aufgrund der Quelle B 12. 1. 14, die Auffassung, dass das Gericht trotz des Vorhandenseins einer gegenteiligen Vereinbarung seitens der Gesellschafter nur dann die Auflösung der Gesellschaft aussprechen kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. So wie die deutsche und französische herrschende Lehre steht noch die griechische auf dem Standpunkt, dass zur Auflösung der nichtigen Gesellschaft ein wichtiger Grund vorliegen muss; das kann jeder Grund sein, der die Auflösung der Gesellschaft rechtfertigt. Vgl. dazu Tzirindanis aaO., Bd. II, § 69 II, Art. 766 AK. Art. 1871 Cod. civ.

beruhenden fehlerfreien Gesellschaft in ihrem gesamten Umfang ohne jede Einschränkungen erfolgen kann. Sowohl die französische wie die griechische Lehre haben sich mit dieser Frage ausführlich beschäftigt. Eine einheitliche Antwort wird nicht gegeben. Die von Hémard (198) vertretene Ansicht geht dahin, dass die anomale (bzw. nichtige) Gesellschaft zugleich als rechtsgültiger Vertrag und als juristische Person gilt. Im Gegensatz zu dieser Annahme wird von der herrschenden Lehre (199) mit Recht festgestellt, dass zwar zur Ausgestaltung der Beziehungen der Gesellschafter untereinander die Bestimmungen des nichtigen Gesellschaftsvertrages herangezogen werden können, es aber unbillig wäre, wenn die société de fait als juristische Person anerkannt würde, denn eine solche Anerkennung setze die Erfüllung der Ordnungsvorschriften - bzw. die der Bekanntmachung - voraus, die im Hinblick auf das Sparen, das Vertrauen und das Interesse der privaten Gläubiger der Gesellschaft angeordnet sind (200). Mit der Gleichstellung dieser beiden Rechtsgebilde hängt auch die Frage zusammen, ob die Rechtswirkungen, die die Geltendmachung des Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrundes nach dem hier als Ausnahme von den allgemeinen Nichtigkeitsgrundsätzen geltenden Dogma mit sich bringt, auch dann Platz greifen können, wenn der Gesellschaftsvertrag, der gewisse Beziehungen regeln muss und der nichts enthalten darf, was mit dem Wesen der Gesellschaft nicht in Einklang steht, trotzdem Abmachungen enthält, die gegen die gebietenden oder verbietenden gesetzlichen Bestimmungen verstossen; d. h. fraglich ist, ob für den Fall, dass der Zweck, den die Gesellschafter verfolgen, unerlaubt ist oder gegen die guten Sitten verstösst, dennoch angenommen werden kann, dass die Nichtigkeitsfolge lediglich ex nunc eintritt. Übereinstimmend haben die französische, griechische und auch deutsche Lehre angenommen (201), dass in diesen Fällen die Behandlung einer tatsächlichen Gemeinschaft

---

(198) Hémard aaO., Nr. 353. Vgl. Ripert, Traité élém. de droit comm., 1948, Nr. 662.

(199) Lyon-Caen et Renault, Bd. II, Nr. 232 ff. Thaller-Pic, I, Nr. 298 ff. Anastassiadis aaO., § 75. Karavas Bd. II aaO., § 258. Vivante 5. Aufl. Bd. II, Nr. 331. Escarra (-Rault) Soc. comm. Bd. I, 1950, Nr. 185.

(200) Karavas aaO., Bd. II, § 258.

(201) Die französische Rechtsprechung ist hier nicht ganz einhellig, dass in solchen Fällen nicht von einer faktischen Gesellschaft gesprochen werden kann, denn das Handelsgericht Lille z. B. führt in seiner Entscheidung vom 12. April 1932 in Journ. Soc. 1934 S. 321, das OLG Lyon vom 5. Juli 1933 in Journ. Soc. 1935, S. 430, ähnlich wie das OLG Montpellier in der Entscheidung vom 12. Januar 1939 in Journ. Soc. 1942, S. 58 aus, dass die Vertragsbestimmungen nicht anwendbar sein müssen. Demgegenüber haben das OLG Bordeaux in seiner Entscheidung vom 2. Januar 1900 in Sirey, 1901, Bd. II, S. 225, das OLG Nimes vom 13. Dezember 1919, Journ. Soc., 1919, S. 64, das Handelsgericht Seine vom 17. November 1921 in Journ. Soc., 1923, S. 366 angenommen, dass die Liquidation nach den Vertragsbestimmungen stattzu-

als gültige Gesellschaft auch für eine nur vorübergehende Zeit ausgeschlossen ist. Der BGH formuliert (202), eine faktische Gesellschaft könne dort nicht angenommen werden, wo die rechtliche Anerkennung des tatsächlich vorhandenen Zustandes mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch tritt. In ähnlichem Sinne führt Escarra (203) aus: In solchen Fällen können wir nicht von einer faktischen Gesellschaft sprechen, wenn die rechtliche Gestaltung des Gesellschaftsvertrages für die Vergangenheit mit dem Existenzgrund der angeordneten Nichtigkeit unvereinbar ist, d. h. wenn der aufgedeckte Mangel auch für die Vergangenheit verhindert, den Gesellschaftsvertrag als rechtlich beachtlich anzusehen. Aus dieser Lehre ergibt sich, dass eine faktische Gesellschaft nicht anerkannt werden kann, wenn der gemeinschaftliche Zweck gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstösst. Vielmehr kann hier höchstens von einer Pseudogesellschaft und Pseudogesellschaftern gesprochen werden, die zwar in tatsächlicher Hinsicht als Gesellschaft aufgetreten sind, die aber in Wirklichkeit nichts anderes als eine blosse communio darstellen (204). Die Nichtigkeit kann jederzeit und in jeder Weise geltend gemacht werden (205), eine Auflösungsklage kommt nicht in Frage, die Vorschriften des Gesellschaftsrechts sind nicht anwendbar. Eine Auseinandersetzung hat nach den Vorschriften über die Gemeinschaft zu erfolgen.

In gleicher Weise sind die Fälle zu behandeln, in denen die Gesellschafter den Gründungsvertrag nur zum Schein abgeschlossen, also die Gründung einer oHG gar nicht beabsichtigt haben, d. h. ohne affectio societatis; man verfolgt andere Zwecke - vgl. oben S. 70. Auch hier muss angenommen werden, dass von dem Bestehen einer tatsächlichen Gesellschaft nicht die Rede sein (206) und aus diesem

---

(201) Fortsetzung:
finden habe. Zum griechischen Standpunkt vgl. Karavas aaO., Bd. II, § 255; zur deutschen Auffassung vgl. Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 1 c. H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 41. Haupt, Gesellschaftsrecht, S. 28. Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 62. Hueck, AcP 149, 22. Schumann, DR. 1943, S. 1196. BGH 3, 288. BGH-Urteil vom 11. 4. 1951 - II ZR 9/50.

(202) BGH Bd. 3, S. 288. Vgl. Esser AcP 157, S. 91 ff.

(203) Escarra (-Rault) Soc. commerce, 1950, Nr. 180, 181.

(204) Hémard aaO., Nr. 148. Escarra (-Rault) aaO., Nr. 181, 179. Karavas aaO., Bd. II, § 254.

(205) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 1 c. Schumann aaO., S. 1196. Haupt aaO., S. 26. H. Lehmann aaO., S. 41. Hueck AcP 149, 22. BGHZ 3, 288.

(206) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 1 b, c. RG in JW 1930, S. 1224. Staub aaO., § 105, Anm. 12. Lehmann-Ring aaO., § 105, Nr. 1, Karavas Bd. II aaO., § 190 und 254. Pic et Kreher I, Nr. 399, Fussnote 1. OLG Nimes vom 20. Oktober 1925 in Journ. Soc. 1927, S. 471. H. Lehmann aaO., S. 41.

Grunde eine Auflösungsklage nicht in Frage kommen kann (207). Wenn eine solche Klage dennoch erhoben wird, so ist sie als Feststellungsklage anzusehen. Die aussere Erscheinung des Scheingebildes als Gesellschaft hat keinen Einfluss auf das Innenverhältnis (208). Wenn allerdings das verdeckte Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines gültigen entspricht, kann es im Wege der Umdeutung gemäss § 140 BGB und Art. 182 AK an die Stelle des Scheingeschäfts treten (209).

Geht man im Wege der Gleichstellung von dem Grundsatz aus, dass die tatsächliche Sozietät nur insoweit als eine gültige Gesellschaft zu behandeln ist, wie es ihre Lebenserfordernisse gebieten, so kommt man zum Ergebnis, dass bis zum Erlass der gerichtlichen Entscheidung nicht jeder Beteiligte alle durch den abgeschlossenen nichtigen Gesellschaftsvertrag übernommenen Pflichten erfüllen muss (210). Es wäre unbillig, wenn man einen Beteiligten zuerst zwingen wollte, seiner Leistungspflicht an eine Gesellschaft, die wegen eines Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrundes später aufgelöst werden soll, nachzukommen, um ihm dann einen Überfluss nach Abwicklungsgrundsätzen zurückzuerstatten (211). Nur ausnahmsweise ist dann jeder Gesellschafter aus analoger Anwendung des § 748 BGB und Art. 794 AK den übrigen gegenüber verpflichtet, die erforderlichen Kosten zur Fortführung des einmal ins Leben getretenen Unternehmens bis zum Erlass des gerichtlichen Urteils im Verhältnis zu seinem Anteil zu tragen, wenn eine solche Fortführung dem Interesse aller Gesellschafter dient (212). Die Pflicht zur Aufbringung der erforderlichen Kosten entspringt nach herrschender Lehre (213) nicht dem Gründungsvertrag, sondern ergibt sich kraft Gesetzes aus dem Vorhandensein einer Rechtsgemeinschaft.

Allerdings gelten die Vorschriften über die Geschäftsführung, solange der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund durch gerichtliches Urteil nicht festgestellt und damit die Gesellschaft aufgelöst ist und der Vertrag nicht durch Drohung oder Täuschung oder aufgrund wesentlicher Irrtümer zustande gekommen ist (214). Während der Dauer des Gemeinschaftsverhältnisses und des Unternehmens treffen alle Teilnehmer dieselben Treuepflichten, die - wie erwähnt - ein gültiges Gesell-

---

(207) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 1 b, c. H. Lehmann aaO., S. 41. Vgl. Karavas aaO., § 255.
(208) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 1 b, c.
(209) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 1 b, c. Karavas Bd. II aaO., § 190.
(210) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 2 a. Weipert HGB, § 105, Anm. 77.
(211) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 2 a.
(212) Hueck, Das Recht der oHG. Vgl. Tzirindanis Bd. II, aaO., § 67, II A und Art. 23 des AktG Nr. 2190, dessen Bestimmungen anwendbar sind auf eine oHG.
(213) Hueck, Das Recht der oHG. Auf diesem Grundsatz beruht die Pflicht eines Minderjährigen, die Kostenbeiträge zu leisten.
(214) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III, 2 b.

schaftsverhältnis bestimmen. Demgemäss können die Gesellschafter nach dem Wortlaut des § 112 HGB und Art. 747 AK mit dem faktisch gebildeten Unternehmen nicht in Konkurrenz treten; sie dürfen die ihnen anvertrauten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht verraten (215). Wenn im Laufe eines Rechtsstreites die Vorlegung der Bücher erforderlich wird, dann verpflichten sich die Gesellschafter, diesem Erfordernis nachzukommen, denn die Vorlegungspflicht, die gemäss § 45 HGB und Art. 14 und 15 EN auch für einen Vollkaufmann gilt (nach deutschem Recht, und allgemein auf Kaufleute nach griechischem Recht), betrifft auch eine nichtige oHG (216).

2. Scheingesellschaft

Wie wir gesehen haben, wendet die herrschende Meinung die Grundsätze der faktischen Gesellschaft nur an, wo die Beteiligten übereinstimmend die Begründung eines gesellschaftlichen Zusammenschlusses beabsichtigen und alles nach ihrer Meinung Erforderliche zur Herbeiführung des Erfolges getan haben.

Damit ist aber nur ein Teil der Fälle erfasst in denen ein Personengebilde als oHG in Erscheinung tritt, ohne dass ein gültiger Vertrag vorliegt. Wo etwa gar kein Vertrag abgeschlossen worden ist, oder die Willenserklärungen nur zum Schein abgegeben sind, kann niemals eine faktische Gesellschaft bestehen.

Es geht aber dennoch nicht an, das Personengebilde als nicht existent zu behandeln. Der Verband kann nach aussen hin als oHG aufgetreten sein; es ist möglich, dass dritte Personen im Vertrauen darauf, oHG-Recht finde Anwendung, Dispositionen getroffen haben. Diese Personen müssen in ihrem begründeten Vertrauen geschützt werden, denn im Handel spielt die Verkehrssicherheit eine entscheidende Rolle.

Die Grundlage, auf welcher heute allgemein die Lösung gesucht wird, ist der gewohnheitsrechtliche Satz, dass derjenige, der durch Abgabe einer Erklärung eine Lage schafft, aus der ein anderer in begründetem Vertrauen eine bestimmte rechtliche Situation entnehmen kann, diese rechtliche Situation gegen sich gelten lassen muss, auch wenn sie in Wahrheit nicht besteht (217).

Über den Grund dieser Verpflichtung, sowie die Frage, ob die "Erklärung" ange-

---

(215) Hueck, Das Recht der oHG, § 7 III. Vgl. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 67 A.

(216) Staub aaO., § 45, Anm. 3. Cohn aaO., S. 91. Anderer Ansicht ist hingegen Hueck (Arch. Bürgerl. Recht, Bd. 43, S. 45 ff.). Er beruft sich auf § 2 StGB, um zu beweisen, dass eine Bestrafung wegen mangelhafter oder unterlassener Buchführung, die sich nach §§ 239, 240 KO bestimmt, bei einer nichtigen oHG nicht erfolgen kann.

(217) Riezler aaO., S. 166. Diese allgemeine Formulierung ist auf alle Fälle der Entwicklung des gesamten Problems wegen ihres verbreiteten Inhalts anzuwenden.

fochten werden kann oder nicht, gibt es verschiedene Theorien.

a) Das RG hat in mehreren Entscheidungen (218) den Satz aufgestellt, es entspräche allgemeinen Prinzipien, dass, wer die Eintragung einer einzutragenden Tatsache im Handelsregister vornehmen liesse, eine selbständige Verpflichtung einginge und diese seine Anmeldung zum Handelsregister als unanfechtbare Erklärung an die Öffentlichkeit anzusehen sei, als welcher er in ein unmittelbares Haftungsverhältnis träte. Das RG verwendet also das Mittel der Willensdeutung, um die Anmeldung als Erklärung an die Öffentlichkeit im Sinne einer selbständigen Willenserklärung charakterisieren zu können. Die Willenserklärung ist der Grund für die persönliche und solidarische Haftung der "Gesellschafter" gegenüber den Gläubigern (219).

Diese Lehre von der Erklärung an die Öffentlichkeit als Verpflichtungsgrund fordert zur Kritik heraus. Wer die Haftung unmittelbar aus dem Recht der Willenserklärungen und Verträge herleiten will, gerät mit der Dogmatik in Widerspruch. Zur Begründung eines Schuldverhältnisses, das nicht auf Gesetz beruht, ist nämlich nach § 305 BGB und Art. 361 AK ein Vertrag nötig, das bedeutet: mehrere Willenserklärungen, die auf einen gemeinschaftlichen Erfolg gerichtet sind. Wie Makower (220) betont, müsste daher zur Begründung des Haftungsverhältnisses entweder ein Vertrag zwischen den "Gesellschaftern" und der "Öffentlichkeit" geschlossen werden oder die Anmeldung müsste die Kundgebung eines Vertragsangebots ad incertam personam sein, dessen Annahme nicht erklärt zu werden braucht (§ 151 BGB, entspr. Art. 192, 193 AK).

Gehen wir von dieser Erwägung aus, zu der die Dogmatik zwingt, dann müsste die Öffentlichkeit als Erklärungsgegner die Fähigkeit besitzen, die abgegebene Willenserklärung auch zu empfangen (221). Das RG teilt gemäss der Lehre die Wil-

---

(218) Vgl. RGZ: 5, 417; 17, 161; 19, 197; 31, 39; 37, 60; 40, 146; 50, 429; 51, 35 ff.; 57, 292; 74, 16; 83, 256; 127, 184; 147, 257; RG 76, 411 unter Geltung des alten und neuen Rechts.

(219) Lobedanz aaO., S. 76, OLG 28, 221. RGZ 51, 35 ff. Cohn aaO., S. 60. Es ist bestritten, ob die Erklärung an die Öffentlichkeit eine Willenserklärung ist oder nur eine Erklärung, die die Wirkung einer Mitteilung hat. Vgl. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 701, der von Vorstellungsmitteilungen spricht. Enneccerus-Kipp-Wolf, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1, 1914, § 128 III, 2, der sie zu den geschäftsähnlichen Handlungen hinzurechnen will. Vgl. Terkamp aaO., S. 74. Cohn aaO., S. 60. Ehrenberg rechnet sie dagegen zu den Willenserklärungen (Handbuch aaO., I, S. 551). Vgl. Cohn aaO.

(220) Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 1906, Bd. I, S. 319. Vgl. Terkamp aaO., S. 35. Lobedanz aaO., S. 76.

(221) Wie von Lobedanz aaO., S. 76 ausdrücklich erwähnt, kann "eine Haftung

lenserklärungen in empfangs- und nichtempfangsbedürftige ein (222), um festzustellen, dass eine Abgabe der Erklärung an die Öffentlichkeit wohl möglich sei (223); denn unter "Verkehr" schlechthin verberge sich ein grösserer, an sich unbeschränkter Personenkreis, eine "incerta persona" (224). Schon Tuhr (225) hat diese Lehre angegriffen; die Öffentlichkeit sei keine "Person", auch keine "persona incerta". Abgesehen davon stellt sich die Frage, wieso aus dem Wesen der Erklärung oder den Umständen der Wille entnommen werden kann, in ein Haftungsverhältnis gegenüber der Öffentlichkeit einzutreten (226). Auch fehlt der Erklärung die Richtung; der Anmeldende weiss überhaupt nicht, wer irgendwann einmal sein Gläubiger sein wird. Und schliesslich: Wer eine Anmeldung beim Handelsregister vornimmt, erfüllt nur eine gesetzliche Pflicht (227). Es geht aber nicht an, in der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht die freiwillige Übernahme einer Haftung zu sehen.

b) Wegen dieser Schwächen der Theorie der Erklärung an die Öffentlichkeit wurde versucht, aus allgemeinen Grundsätzen das Haftungsverhältnis zu rechtfertigen, nämlich: ob nicht allein aus dem Verhalten des "Gesellschafters" - unabhängig davon, ob dieses Verhalten als Willenserklärung im rechtstechnischen Sinn qualifiziert werden kann - seine solidarische Haftung hergeleitet werden kann. Damit löst sich die Frage von dem sicheren Grund der vertragsrechtlichen Dogmatik. Die Schwierigkeit, die Haftung in Übereinstimmung zu bringen mit der Lehre von der Willenserklärung, wird umgangen. Andererseits taucht das Problem auf, einen neuen Verpflichtungsgrund zu schaffen, den das BGB nicht kennt.

Man hat diesen Verpflichtungsgrund in dem "Rechtsschein" zu sehen versucht, der

---

(221) Fortsetzung:
als Gesellschafter, d.h. die Verpflichtung, sich von Dritten als Gesellschafter behandeln zu lassen, nur durch Vertrag, nicht durch einseitiges Rechtsgeschäft begründet werden, da es ein derartiges einseitiges Rechtsgeschäft nicht gibt."

(222) Vgl. Cohn aaO., S. 48.

(223) RGZ 147, 257 ff. Sohm, Der Gegenstand in den drei Beiträgen für Degenkolb, S. 49. Vgl. Terkamp aaO., S. 35. Lobedanz aaO., S. 18. Siebert, Vertragsverhältnisse aaO., S. 22.

(224) Lobedanz aaO., S. 18, Fussnote 14.

(225) v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I. Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig, 1910, S. 478. Vgl. Cohn aaO., S. 48. Langen aaO., S. 30. Lobedanz aaO., S. 18.

(226) Lobedanz aaO., S. 77. Vgl. Langen aaO., S. 30.

(227) Lobedanz aaO., S. 77. Kleppe, Die Anfechtung des Beitritts zu Personal- und Kapitalgesellschaften des Handelsrechts, Diss. Köln, 1936, S. 17 ff. Simitis aaO., S. 148. Larenz in JW 1934, 224 Nr. 11.

durch die Anmeldung verursacht würde (228). Zweck des Rechts sei unter anderem, die Verkehrssicherheit zu schützen. Wo eine Erscheinungsform typisch für ein Rechtsverhältnis sei, wo hinter der Form gewöhnlich auch das Recht zu stehen pflege, wo der Dritte deshalb auf das Vorhandensein des Rechts vertrauen dürfe, da dürfe es ihm nicht schaden, wenn die Wirklichkeit nicht mit seiner Vorstellung übereinstimme, denn dem Dritten könne nicht die Pflicht aufgebürdet werden, zu prüfen, ob hinter dem Schein auch das Sein stecke (229). E contratio bedeutet das: Wer durch sein Verhalten den Schein eines Rechtsverhältnisses hervorruft, muss sich dem Schein nach behandeln lassen, kann also die "Erklärung an die Öffentlichkeit" auch nicht anfechten. Nicht die Willenserklärung ist das Entscheidende, sondern der durch sie hervorgerufene Schein. Diese Lehre (230), die zunächst viel Sympathie fand, ist später mit wirksamen Argumenten bekämpft wor-

---

(228) Vgl. Lobedanz aaO., S. 78. Terkamp aaO., S. 47/48. Cohn aaO., S. 59.

(229) Vgl. Terkamp aaO., S. 74.

(230) Dass die Erklärung an die Öffentlichkeit ohne Rücksicht auf ihre tatsächliche Richtigkeit die im Text erwähnten Wirkungen äussert, wird bereits von Staub in ähnlich gelagerten Fällen angenommen (siehe Staub aaO., Anhang zu § 5, Anm. 1 und § 123, Anm. 9 - 12. Vgl. Gierke, Handelsrecht, § 13 III, 2. Langen aaO., S. 6. Terkamp aaO., S. 36 ff. Cohn aaO., S. 68). Von der Staubschen Lehre wurde zunächst die Rechtsprechung des RG lange Zeit beeinflusst (vgl. RG Bd. 65, S. 413. Bd. 37, S. 39. Bd. 19, S. 197. OLG Hamm in OLGR 24, 129. OLG Hamburg in JW 1927). Staub stellt bezüglich der Haftung des angeblichen Gesellschafters bei Fehlen eines gültigen Gesellschaftsvertrages den Satz auf, dass "wer als Gesellschafter auftritt, sich gefallen lassen muss, als solcher Behandelt zu werden; er gilt als Gesellschafter" (Staub aaO.). Diese Auffassung Staubs beruht auf seinem Grundsatz vom Scheinkaufmann, welcher lautet: "Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann". Staub wendet diesen Grundsatz noch auf die Fälle an, wo die Gesellschaft ihre Geschäfte vor der Eintragung begonnen hat oder wenn eine Eintragung überhaupt nicht erfolgte. Er sieht vielmehr ein "Sich gerieren" als Gesellschafter sowohl in dem Betreiben eines Geschäftes unter gemeinschaftlicher Firma als auch in der Eintragung derselben ins Handelsregister (vgl. Terkamp aaO., S. 36 ff.). Demnach ist anzunehmen, dass die Staubsche Auffassung im Gegensatz zu den Ausführungen des RG (Bd. 89, S. 163 sowohl für die generelle als für die spezielle Kundgebung eine einheitliche Lösung zu geben versucht (vgl. Cohn aaO., S. 68) und dass Staub in Verbindung mit den Grundsätzen von Treu und Glauben aus dem Rechtsscheinprinzip - wie es das RG tut - den primären Rechtfertigungsgrund seiner Ergebnisse herauszuziehen versucht mit dem Unterschied, dass er im Gegensatz zum RG das Primat des Eintritts des Haftungsverhältnisses nicht in der der Eintragung zugrundeliegenden Erklärung, d. h. nicht in dem vom Gläu-

den. Der Haupteinwand ist, die Eintragung im Handelsregister sei nach dem Gesetz keine Mitteilung mit haftungsbegründender Kraft, könne daher auch nicht über das Gesetz hinaus als solche ausgelegt werden (vgl. § 171 BGB, § 25 Abs. 3 HGB) (231). Es gäbe keinen allgemeinen Rechtssatz, wonach ein Personenverband sich nach oHG-Recht behandeln lassen müsse, wenn er durch sein Verhalten nach aussen hin als oHG erscheine (232). Ein Satz, wonach ein gutgläubiger Dritter im Rechtsverkehr Wirkungen dann als eingetreten betrachten dürfe, wenn der Schein dafür spräche, dass ihre Voraussetzungen vorhanden seien, ginge auch weit über das Schutzbedürfnis des redlichen Verkehrs hinaus (233). Die Eintragungen im Handelsregister würden so "öffentlichen Glauben" geniessen, was der Gesetzgeber gerade nicht wollte. Die Eintragung besagt nichts über das Vorhandensein einer Gesellschaft, infolgedessen kann sie auch nicht die Existenz der oHG beweisen (234). Wenn sie aber die Existenz nicht beweist, dann gibt sie auch keinen begründeten Anlass zu dem Glauben, eine oHG werde vorhanden sein (235). Wo aber kein begründeter Anlass zu Vertrauen gegeben ist, kann sich auch nicht aus dem "Rechtsschein" Wirkung herleiten.

c) Um diese Lücke in der Begründung zu schliessen, haben Rechtsprechung (236)

---

(230) Fortsetzung:
biger verstandenen, dass eine oHG bestehe, sondern in der bei Begründung des ihr zugrundeliegenden Verhältnisses abgegebenen Erklärung, d. h. in dem vom Erklärenden gewollten Sinne, dass die eingetragene Gesellschaft als oHG gelten soll und die demgemäss erzeugten Folgerungen in seine Erklärung aufnimmt (vgl. Staub, Anh. zu § 5, Anm. 1). Demnach ist anzunehmen, dass die Staubsche Lehre dem Erklärenden einen Willen aufdrängt, den er - wie erwähnt - in Wirklichkeit gar nicht hat (vgl. Cohn aaO., S. 68/69).

(231) Lobedanz aaO., S. 78, der zum Ausdruck bringt: "Zu den vom Gesetz mit haftungsbegründender Kraft verstandenen Mitteilungen (z. B. § 171 BGB, § 25 III HGB) gehört die Mitteilung, dass eine oHG bestehe, nicht."

(232) RG 89, 163. Cohn aaO., S. 68/69. Langen aaO., S. 6. Ritter, Kommentar zum Handelsrecht, Anm. 7 zu § 5. Lebedanz aaO., S. 79. Vgl. Düringer-Hachenburg aaO., § 123, Anm. 8.

(233) Cohn aaO., S. 66. OLG Bd. 6, S. 27. Düringer-Hachenburg aaO., § 1, Anm. 9 und § 123, Anm. 8. Lehmann-Ring aaO., § 105, Anm. 1. Lobedanz aaO., S. 78. Ehrenbergs Handb. I, 11 und 622, Anm. 23. J. v. Gierke in ZHR Bd. 70, S. 398.

(234) K. Lehmann, Handb. S. 443. Cosack, Handb. aaO., S. 665. Terkamp aaO., S. 32.

(235) Düringer-Hachenburg aaO. Terkamp aaO. Ehrenberg, Rechtssicherheit, in Jh. Jb. Bd. 47, S. 291 ff. Handb. I, S. 627, 636, 644. Terkamp aaO., S. 30 ff.

(236) Dieser Gedanke ist vielmehr, wie erwähnt, zuerst bei Gesellschaften mit kapitalistischem Charakter anzutreffen. Vgl. RGZ 2, 132; 9, 36; 45, 106; 118, 274; 123, 104; 126, 36. Dafür Cohn aaO., S. 49. Simitis aaO., S. 141.

und Lehre (237) im "Gewohnheitsrecht" ein neues Heilmittel zu finden versucht. Fester (238) betont, "durch die seit Jahrzehnten ständig angewandte Praxis unserer obersten Gerichtshöfe sei ein Gewohnheitsrecht geschaffen worden", wonach die "Gesellschafter" sich entsprechend dem von ihnen verursachten Schein behandeln lassen müssten. Auch Ehrenberg (239) sieht die Bildung eines solchen Gewohnheitsrechtes vorwiegend im Gerichtsgebrauch. Er meint, dass "eine für die Allgemeinheit bestimmte, in diesem Sinne öffentliche Erklärung, eine selbständige juristische Bedeutung hat; wer sie in handelsüblicher Weise abgibt, muss sich gefallen lassen, dass jeder Dritte ihren Inhalt für richtig hält. Daher darf der Dritte auch eine ins Handelsregister eingetragene unrichtige Tatsache unter bestimmten Voraussetzungen für richtig halten." Im Gegensatz zu Fester bekannt sich Ehrenberg nicht schrankenlos zu diesem Grundsatz; der Dritte könne sich nur dann auf den Schein berufen, wenn er weder zu dem Zeitpunkt, in dem die Rechtswirkungen eintreten sollen, noch bei Geschäftsabschluss die Unrichtigkeit der Eintragung nicht kennt, noch vorher bekannt war (240).

Die ganze Lehre basiert auf der stillschweigenden Annahme, die Voraussetzungen für die Bildung von Gewohnheitsrecht lägen vor. Hier sind jedoch Zweifel anzumelden. Gewohnheitsrecht kann nicht aus dem Nichts hervortreten (241). Erstes Erfordernis ist das Vorhandensein eines Rechtsgeltungswillens, den man gewöhnlich als opinio necessitatis bezeichnet (242). Die Entstehung und Kristallisierung dieses Volkswillens, dass das Geübte Recht sein soll, kann nur auf einer ständigen und

---

(237) Fester, Die Bedeutung des Eintrags ins Handelsregister, Arbeiten zum Handels-, Gewerbs- und Landwirtschaftsrecht, Heft 14, 1912. Marburger Diss. 1911. Ehrensbergs Handb. I, S. 613 ff., insbesondere S. 644 ff. Wegener, Die Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Rostock, 1928. Schilling bei Hachenburg, Komm. z. GmbHG, 1926, § 2, Anm. 34. Vgl. dazu Simitis aaO., S. 165. Terkamp aaO., S. 40 ff. Sohm aaO., S. 62 und 49.

(238) aaO., S. 93. Vgl. Terkamp aaO., S. 40. Cohn aaO., S. 62.

(239) Handb. I, S. 644 ff. Vgl. Terkamp aaO., S. 40 ff. Cohn aaO., S. 62 ff. Simitis aaO., S. 165, Fussnote 162. Diese Lehrmeinung Ehrenbergs verdient Billigung bei Lehmann in ZHR Bd. 75, S. 525. Wieland, Handb. aaO., S. 125. Meyer in ZHR Bd. 81, S. 387. J. v. Gierke, Handelsrecht, 7. Aufl., § 29, 3, das gesteigerte Offenkundigkeitsprinzip und § 12 V. Ergänzungen des Verkehrsschutzes.

(240) Ehrenberg in Ihering, J. Bd. 47, S. 302 und Handb. aaO., S. 634. "Die Unwissenheit muss vorhanden gewesen sein in dem Zeitpunkt, dls der Dritte zu den Beteiligten in das Rechtsverhältnis eintrat, um dessen Wirksamkeit es sich handelt." Vgl. dazu Keim aaO., S. 67. "Der Begriff des Kennens", insbesondere S. 70.

(241) Zustimmend Simitis aaO., S. 166.

(242) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1, § 39. Vgl. Cohn aaO., S. 63.

gleichförmigen Übung der beteiligten Volkskreise beruhen (243). Eines der sichersten Erkenntnismittel für diese Manifestierung kann der Gerichtsgebrauch sein (244).

---

(243) Vgl. Enneccerus-Nipperdey aaO., Bd. I, 1, § 39 I, 2 und 3. Er nimmt an, dass die stetige und dauernde Übung, die erst zur Entstehung des Rechtsgeltungswillens führt, durch Brauch, Verkehrssitte und gleichartige Entscheidungen gleichgelagerter Fälle erfolgen kann. Demnach zeigt er, dass die ursprüngliche Übung nicht nur in den Gemeinschaftskreisen stattfinden kann, sondern vielmehr auch unter dritten Personen. Also kann die Rechtsidee, dass es etwas mit Recht zu tun hat, auch zuerst von Verwaltungsbehörden oder Gerichten in die Gemeinschaft hineingetragen werden, und wenn sie dieser ursprünglichen Rechtsidee der Gerichte oder Verwaltungsbehörden nicht widerspricht oder schweigt, bedeutet es, dass diese Rechtsidee von der Gemeinschaft als ihre eigene angenommen werden kann. Er sagt aber nicht, mit welchem Verteidigungsmittel die Gemeinschaft ihre Gegenmeinung zeigen kann, so dass bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Gemeinschaft und Gericht man zu dem Schluss kommen könnte, dass kein Gewohnheitsrecht entstanden ist.

(244) Vgl. Cohn aaO., S. 50. Seuff. Arch. 15, Nr. 217. Es ist von griechischer Seite zu betonen, dass sich gemäss Art. 2 Abs. 2 der VO vom 7./10. Mai 1946 über die "Wiederherstellung des AK", die durch die Verordnung Nr. 1216/1949 bestätigt wird, in Verbindung mit Art. 1 - 3 AK ergibt, dass "das Gewohnheitsrecht das Gesetz nicht abschaffen kann". Die herrschende Lehre interpretiert diesen Satz so, dass sich Gewohnheitsrecht nur insoweit bilden kann, als es dem gesetzten öffentlichen Recht nicht widerspricht (vgl. Balis, Allgemeiner Teil des AK, §§ 3, 4. OLG Thessaloniki Nr. 697/1952 in Zeitschrift Juristische Tribüne (NB)ϡ S. 785. Areiopag 576/1949 in Zeitschr. Themis Nr. ϐ A/58. Areiopag 263/1954 in Zeitschr. Themis ϑ E S. 513. Areiopag 463/1950 in Zeitschr. Themis ϑ A S. 866. OLG Athen 730/1943 in EEN Nr. ι a S. 33). Dass die Gewohnheit, Verkehrssitte, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nicht unmittelbar zum Gewohnheitsrecht führen können, ist allgemein anerkannt (vgl. OLG Patrae 129/1921 in Zeitschr. Themis Λ B S. 491. OLG Thessaloniki 47/1922 in Zeitschr. Themis Λ T S. 56. OLG Thessaloniki 49/1953 in Zeitschr. Themis ϐ Δ S. 746 ff. Balis aaO., §§ 3, 4. Tzirindanis Bd. I aaO., §§ 12 und 13. Periphanakis, Interpretation des Handelsrechts, Athen 1956: "Quelle des Handelsrechts". Karavas Bd. I aaO., §§ 44 und 48 und 54, der die Gegenmeinung vertritt, dass das Gewohnheitsrecht das öffentliche Recht abschaffen kann. Damit ist aber nicht gesagt, dass sie, bzw. die Gewohnheit usw., nicht eines der sichersten Erkenntnismittel des Gewohnheitsrechts begründen (vgl. Tzirindanis Bd. I aaO., § 13. Lizeropulos, Die Rechtsprechung als Formationsmittel des Privatrechts, Thessaloniki 1935. Karavas Bd. I aaO., S. 52. Areiopag 298/1930 und 206/1932 in Zeitschrift

Die Gerichte können aber nicht umgekehrt Gewohnheitsrecht schaffen. Und im übrigen: "aus wechselnder Anwendung und Nichtanwendung lässt sich kein in der Gemeinschaft herrschender Wille folgern" (245).

Betrachtet man aber den Handelsverkehr und die Rechtsprechung genau, so muss man feststellen, dass ein einheitlicher Rechtswille fehlt, eine ständige, gleichförmige Übung nicht vorhanden ist, sogar die höchstrichterlichen Entscheidungen in der Begründung variieren. Die Konstruktion eines Gewohnheitsrechts ist daher nicht möglich, ohne den Dingen einen Zwang anzutun.

d) Die französische und griechische Lehre ist hinsichtlich des Problems der Haftung von Scheingesellschaftern gegenüber Gesellschaftsgläubigern einen parallelen Weg gegangen. Das OLG Rennes (246) hat in seiner Entscheidung vom 6. März 1869 die Übertragung des Art. 22 cod. comm. bzw. EN und damit die solidarische und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter auf den Fall der Scheingesellschaft mit der Begründung verneint, dass nach der Feststellung der Gesellschaftsnichtigkeit eine "communio" und damit eine Gleichheit aller als bestehend anzunehmen sei. Pont (247) macht jedoch in seiner kritischen Anmerkung zu dieser Entscheidung, die er grundsätzlich begrüsst, folgenden Unterschied: Wenn die Gesellschaftsgläubiger den angeblichen Gesellschaftern allein gegenüberstehen, d. h. Privatgläubiger nicht vorhanden sind, haften ihnen die Gesellschafter solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen, unbeschadet der Nichtigkeit der Gesellschaft; allein der Anschein des Bestehens der Gesellschaft genügt (248), um die solidarische Haftung sämtlicher Gesellschafter eintreten zu lassen. Sollten dagegen neben den Gesellschaftsgläubigern noch Privatgläubiger Ansprüche gegen die angeblichen Gesellschafter haben, d. h. ist die Gesellschaft durch Nichtigkeitsklage des Privatgläubigers eines Gesellschafters für nichtig erklärt worden, um seine Ansprüche aus dem Gesellschaftsanteil seines Schuldners zu befriedigen, so haften auch in diesem Falle die Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern solida-

---

(244) Fortsetzung:
MB Themis Bd. S. 44 und MT S. 604. Areiopag 141/1951 in Zeitschr. Themis B S. 367 ff. LG Peiräus 150/1955 mit Gutachten von Tzirindanis-Roka in Zeitschrift Themis E S. 1134.

(245) Enneccerus-Nipperdey aaO., § 39 II. Zustimmend Cohn aaO., S. 63.

(246) In Petrizi Bd. I aaO., § 105.

(247) Des sociétés civiles et commerciales, Aufl. 1880 Bd. I, Nr. 273 und 274. Vgl. Alauzet soc. civ. et comm., 3. Aufl. 1897, Nr. 919. Petrizi Bd. I aaO., § 105.

(248) Vgl. hierzu Ripert, Traité élém. de dr. comm., 1948, Nr. 626, der sagt: "Für den Dritten ist es wenig interessant, ob die Gesellschafter den vom Gesetz zur Verfügung gestellten Mechanismus nicht oder unrichtig benutzt haben. Im Handelsrecht genügt das apparence, um die Rechte der Dritten zu wahren." Karavas Bd. II aaO., § 253.

risch, aber diese stehen bezüglich des betreffenden Gesellschaftsanteils den Privatgläubigern im Rang gleich (249). Hieraus ergibt sich der Schluss, dass sowohl die Privat- als auch die Gesellschaftsgläubiger Befriedigung aus dem Anteil des Gemeinschuldners am Gesellschaftsfond verlangen können (250). Ein Widerspruch seitens der Gesellschaftsgläubiger dergestalt, dass das Gesellschaftsvermögen zu ihren Gunsten eine unteilbare Masse bildet und ihre Befriedigung derjenigen der privaten Gläubiger vorzugehen habe, muss daher unberücksichtigt bleiben (251). Wo also ein Interessenkonflikt zwischen Gesellschafts- und Privatgläubigern entsteht, tritt eine gewisse Beschränkung der solidarischen Haftung der Gesellschafter zu Gunsten der Interessen der Privatgläubiger ein. Der Vorteil der Gesellschaftsgläubiger besteht in diesem Falle darin, dass sie ranggleich mit den Privatgläubigern ihre Befriedigung in dem Gesellschaftsfondsanteil des Gemeinschuldners suchen können. Gerade die Erhaltung der in diesem Zusammenhang an sich nicht unbedingt zwingenden solidarischen Haftung eröffnet ihnen erst die Möglichkeit, sich unter Umständen aus dem Gesellschaftsfondsanteil oder ihrem Privatvermögen der übrigen angeblichen Gesellschafter voll zu befriedigen, gerade so, als bestünde eine rechtlich voll wirksame Gesellschaft (252).

Mit dieser Ansicht Ponts lässt sich auch die von Lyon-Caen et Renault (253) vertretene Meinung vereinbaren, denn eine wesentliche Abweichung besteht zwischen beiden Meinungen insofern nicht, als beide von der Beibehaltung der solidarischen Haftung im Falle der nichtigen Gesellschaft ausgehen. Allerdings verzichten letztere auf die von Pont gemachte Einschränkung für den Fall, dass die Privatgläubiger die Tatsache der Nichtigkeit der Gesellschaft den Gesellschaftsgläubigern ent-

---

(249) Pont aaO., Petrizi aaO. Alauzet aaO.

(250) Pont aaO. Vgl. Petrizi aaO. Delangle, Soc. comm., Bd. II, Nr. 547. Troplong, Soc., Nr. 251 und 859. Alauzet, Soc. civ. et comm., Bd. I Nr. 380. Bédarride, Des soc., Bd. I, Nr. 370. Renaud aaO., S. 172. Karavas aaO., Bd. II, § 266. Lyon-Caen et Renault, Aufl. 1926, Bd. II, Nr. 229.

(251) Pont aaO. Petrizi aaO.

(252) Wenn z. B. eine Gesellschaft aus zwei Mitgliedern - A und B - besteht und der Privatgläubiger des A mit dem Gesellschaftsgläubiger gleichzeitig seine Befriedigung aus dem Gesellschaftsfond sucht, verliert der Privatgläubiger wegen der dem Gesellschaftsgläubiger zustehenden solidarischen Haftung aller Gesellschafter nicht, was dem Gesellschafter A an dem durch die Beiträge der beiden Gesellschafter gebildeten Gesellschaftsvermögen gehört. Gegen den Gesellschafter B bleibt ihm jedoch das aus der solidarischen Haftung entstandene Klagerecht erhalten, so, als wäre die Gesellschaft rechtlich wirksam zustandegekommen. Pont aaO., Bd. I, Nr. 273 und 274. Petrizi aaO., Bd. I, § 105.

(253) Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., Aufl. 1885, Nr. 311. Aufl. 1926, Bd. II, Nr. 288. Vgl. Petrizi aaO.

gegenhalten. Hier steht nach ihrer Meinung den Gesellschaftsgläubigern das ausschliessliche Befriedigungsrecht bezüglich des Gesellschaftsvermögens nicht zu (254), wohl aber können sie gegen die einzelnen Gesellschafter klageweise vorgehen, eine Folgerung, die letzten Endes auch in der solidarischen Haftung ihre Stütze und Begründung findet.

Zur Rechtfertigung dieser Ansicht werden allgemeine Grundsätze - ähnlich dene des deutschen Rechts - herangezogen (255).

Parallel zum deutschen Recht ist jedoch auch von der französischen Lehre der Einwand erhoben worden, dass ein Rechtsgrundsatz des Inhalts, jede Handelsschuld, abgesehen von der des Art. 22 cod. comm., begründe eine solidarische Haftung, mit dem Gesetz nicht vereinbar sei (256).

Wie die vorstehenden Erörterungen deutlich machen, versuchen sowohl das französische wie das griechische Recht, auch bei der nichtigen Gesellschaft die solidarische Haftung aller angeblichen Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden als festen Rechtsgrundsatz hinzustellen. In diesem Zusammenhang wird bemerkt, dass die Privatgläubiger eines angeblichen Gesellschafters (les cranciers d'un associé) Zahlung aus dem ihrem Schuldner gehörigen Anteil am Gesellschaftsfond verlangen können. Dies allein bildet jedoch noch keinen ausreichenden Grund für die Annahme, dass die beiden Rechtssysteme den Schutz der Gesellschaftsgläubiger beseitigt haben, denn es handelt sich hierbei lediglich um die Geltendmachung von Rechten an einem Teil des schuldnerischen Vermögens. Abgesehen davon, geniesst der persönliche Gläubiger eines Gesellschafters bei der Geltendmachung seiner Ansprüche bezüglich dieses Anteils am Gesellschaftsfond keinerlei Vorzugsrechte gegenüber den übrigen Gesellschaftsgläubigern (257).

Entscheidend ist, dass diese Nichtigkeitswirkungen, die auf der Unterlassung der gesetzlich vorgeschriebenen Form über die Bekanntmachung der Gesellschaft be-

---

(254) Der Unterschied zwischen beiden Ansichten besteht darin, dass nach Pont die Beschränkung der solidarischen Haftung sich nur auf den Anteil am Gesellschaftsfond des Gemeinschuldners auswirken soll; dagegen wollen Lyon-Caen et Renault, wenn die Nichtigkeit der Gesellschaft von Privatgläubigern den Gesellschaftsgläubigern entgegengehalten wird, sie allgemein auf das gesamte Gesellschaftsvermögen erstrecken. Vgl. Petrizi aaO.

(255) Lyon-Caen et Renault aaO. Vgl. Petrizi aaO.

(256) Petrizi aaO., Bd. I, § 105.

(257) In diesem Zusammenhang ist auf Hémard, Théorie et pratique des nullités des sociétés de fait, 2. Aufl. 1926, Nr. 549 und Lacour et Bouteron, Précis de droit commercial, 2. Aufl. aaO., Bd. I, Nr. 493 zu verweisen. Die von ihnen vertretene Lehre stimmt - wie erwähnt - mit der deutschen überein, die auf jeden Fall das Primat den Gesellschaftsgläubigern einräumen will.

ruhen, in der nämlichen Weise, wie in unserem Falle, wo die Nichtigkeit der Gesellschaft auf Willensmängeln beruht, nicht eintreten können (258). Wenn hiernach vom Gesetz (cod. comm. und EN Art. 42) ausdrücklich die Nichtigkeit der Gesellschaft angedroht wird, so geschieht dies mit der Massgabe, dass der Mangel dieser Förmlichkeiten Dritten gegenüber von den Gesellschaftern nicht entgegengehalten werden kann (259). Bei näherer Prüfung der Tragweite dieser Bestimmung lässt sich deutlich erkennen, dass den Gesellschaftsgläubigern, wenn es ihre Interessen mit sich bringen, ein droit d'option zusteht, die Gesellschaft entweder als eine rechtlich vorhandene anzusehen und auf dieser Grundlage ihre Rechte geltend zu machen oder andererseits bei der Verfolgung ihrer Ansprüche von der an sich gegebenen Nichtigkeit der Gesellschaft auszugehen (260). Dies zeigt deutlich, dass bei einem Interessenkonflikt zwischen Gesellschaftsgläubigern einerseits und den angeblichen Gesellschaftern andererseits der Primat den Gesellschaftsgläubigern zusteht, denn eine Berufung auf die Nichtigkeit der Gesellschaft seitens der Gesellschafter ist nicht zulässig (261). Damit treten die oben angeführten beschränkten Rechtswirkungen ein. Infolgedessen - und das ist das Ergebnis - muss angenommen werden, dass der Zweck der gesetzlichen Bestimmungen es ist, die Gesellschafter im Falle einer nichtigen Gesellschaft unmittelbar, solidarisch und mit ihrem gesamten Vermogen oder bei Gesellschaften mit kapitalistischem oder gemischtem Charakter bis zum Betrage ihrer versprochenen Einlage den Gesellschaftsgläubigern haften zu lassen, ohne dass sie befugt wären, den Gläubigern die Nichtigkeit der Gesellschaft entgegenzuhalten. Für die actio directa bedeutet dies, dass den Gesellschaftsgläubigern ein direktes Klagerecht gegen die angeblichen Gesellschafter für die Gesellschafts-

---

(258) Vgl. Petrizi aaO., Bd. I, § 37. Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, Bd. II, 1. Aufl. 1926, Nr. 74. Cohn aaO., S. 13. Anastassiadis aaO.

(259) Vgl. Petrizi aaO., Bd. II, § 107, 59, 79. Renaud aaO., S. 170. Tzirindanis aaO., Bd. II, § 66, III. Lyon-Caen et Renault, Bd. II, 1. Aufl., 1926. Nr. 222 und 223. Karavas aaO., Bd. II, § 263.

(260) Vgl. Karavas aaO., Bd. II, § 263 in Verbindung mit § 258. Renaud aaO., S. 171. Escarra (-Rault) soc. comm. Bd. I, 1950, Nr. 185. Petrizi aaO., Bd. I, § 103. Bravard-Demangeot, Bd. I, Aufl. 1862, S. 194. Es bezweifelt im Gegensatz zur herrschenden Lehre (vgl. Fussnote 381), dass die Privatgläubiger den Gesellschaftsgläubigern gegenüber die Nichtigkeit der Gesellschaft entgegenhalten können, Zweck des cod. comm. Art. 42 sei es, den Gesellschaftsgläubigern ein Wahlrecht des Inhaltes zu geben, ob sie die Gesellschaft als gültig oder nicht gültig behandeln wollen. Dies können sie, wenn ihre Interessen es erfordern, ausüben, im Gegensatz zu den Privatgläubigern, deren Interesse stets die Nichtigkeit der Gesellschaft fordert, um Befriedigung ihrer Ansprüche aus dem Anteil am Gesellschaftsfond ihres Schuldners suchen zu können. Bravard aaO., Vgl. Petrizi aaO.

(261) Petrizi aaO., Bd. I, § 107. Renaud aaO., S. 170. Karavas aaO., Bd. II, § 263. Lyon-Caen et Renault, Traité, Bd. II, 1, Nr. 222 und 223.

schulden eingeräumt ist, jedoch mit der Massgabe, dass dieses Recht sich auf den Anteil des Gemeinschuldners am Gesellschaftsfond beschränkt, so dass im Ergebnis sowohl Privat- als auch Gesellschaftsgläubiger zu ihrer Befriedigung auf den betreffenden Anteil zurückgreifen können.

LITERATURVERZEICHNIS

ANASTASSIADIS, Handelsrecht, Athen, 1937

ANASTASSIADIS, Über den Begriff Betrieb in klassische wissenschaftliche Irrungen, Athen, 1911

APOSTOLIDIS, Schuldrecht Bd. II, Athen

AREND, Die Parteiqualität der oHG im geltenden Reichs-Zivil-Prozessrecht mit Ausschluss des Konkursverfahrens, Leipziger Diss., 1904

BALANOS-GINI, Zeitschrift der griechisch-französischen Rechtsprechung, Jahrg. 1883

BALIS, Denkschrift zur Verkündung des AK, in AK, Athen, 1940

BALIS, Zivilrecht, Allgemeiner Teil des AK 7. Aufl., Athen, 1955

BÉDARRIDE, Commentaire de la loi du 24 Juillet sur les sociétés en commandite per actions, anongmes et coopératives Bd. II, Paris, 1871

BINDER, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, 1908

BOISTEL, Précis de droit commercial 2. Aufl., 1878 und 4. Aufl., 1890

BRAVARD (DEMANGÉAT), Traité de droit commercial, Paris, Aufl. 1862 - 64 und 1890

BREIT, Ansprüche des Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft aus dem Erwerb der Aktien (in ZHR Bd. 76 S. 415 ff.)

BRUNETTI, Tratto del diritto delle societé 3. Aufl. Milano, Bd. I - II, 1948, Bd. III, 1950

BUCHTA, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandslehre, Marburg, 1936

BUCHWALD-TIEFENBACHER, Die zweckmässige Gesellschaftsform 2. Aufl.

CARRY, La responsabilité limitée du commercant individuel, Genève, 1928

COHN, Die nichtige offene Handelsgesellschaft im Rechtsverkehr und der Gläubigerschutz, Beiträge zum Handelsrecht Heft 3, Leipzig, 1930

COSACK, Lehrbuch des Handelsrechts 8. Aufl., Stuttgart, 1920

COSACK, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Aufl. 1910/12

DALLOZ, Jurisprudence générale repertoire sociétés, Paris

DAMASKINOS, System des Handelsrechts Bd. I, 1, Athen, 1902

DAS BÜRGERLICHE GESETZBUCH, erl. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern

DELANGLE, Des sociétés commerciales, 1843

DELOISON, Traité des socieétés commerciales, 1882

DELUKAS, Allgemeine Geschäfts- (Bedingungen) Normen, Athen, 1952

DENKSCHRIFT zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin, 1897, J. Guttentag

DERNBURG, BGB (Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Rechts und Preussens) Bd. II, Halle a. S., 1901 (zitiert: Dernburg)

DÜRINGER-HACHENBURG, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 Bd. IV, 1, Mannheim, 1917 (Allgemeine Einleitung, Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts)

EHRENBERG, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Leipzig, Bd. I 1913, Bd. II 1 1914

EHRENBERG, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister (in Iherings Jahrbüchern Bd. 47, 1904) (zitiert: Ehrenberg, Rechtssicherheit)

ELTZBACHER, Offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft als Teilnehmerinnen einer offenen Handelsgesellschaft, Halle a. S., in ZHR Bd. 45

ENDEMANN, Das deutsche Handelsrecht, Heidelberg, 1886

ENDEMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1903

ENGLÄNDER, Die regelmässige Rechtsgemeinschaft, 1914

ENNECCERUS, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Marburg

ENNECCERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse 15. Aufl., 1958

ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I, 1, Tübingen, 1952

ERMANN, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, 1947

ESCARRA(-MANUEL), De droit commercial Bd. I, 1947

ESCARRA, E. u. J. (-RAULT), Les sociétés commerciales Bd. I, Paris, 1950, Bd. II 1951

FEINE, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bd. 3, III. Abzeilung des "Handbuchs des gesamten Handelsrechts", Leipzig, 1929

FESTER, Die Bedeutung des Eintrags ins Handelsregister, Marburger Diss., 1911

FISCHER, O., Sein und Schein im Rechtsleben (in der internationalen Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik, 1909

GAST, Die Einlage des Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft, Greifswalder Diss., 1920

VON GIERKE, OTTO, Deutsches Privatrecht Bd. II (Allgemeiner Teil und Personenrecht), Leipzig, 1895

VON GIERKE, OTTO, Genossenschaftsrecht Bd. III 1881, Bd. II 1873 und Bd. I 1868, Berlin

VON GIERKE, OTTO, Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887

VON GIERKE, OTTO, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht in Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 19

VON GIERKE, JULIUS, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 7. -8. Aufl., Berlin, 1955

VON GIERKE, JULIUS, Welche Unternehmensform verspricht den grössten Geschäftserfolg, 1925

GINIS, Über die Übersetzung der Haxabiblos des Harmenopulos von A. Spanos, in Festschrift zum 600jährigen Jubiläum der Hexabiblos des Harmenopulos) Bd. 6, Thessaloniki, 1952

GOGOS, Das Zivilgesetzbuch von Griechenland, 1940 Tübingen, 1951

GOLDSCHMIDT, Universalgeschichte des Handelsrechts

HAFF, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Hamburg, 1927

HAMER, Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft, Bonn, 1928

HAUPT, Gesellschaftsrecht 2. Aufl., Leipzig, 1942

HAUPT, Über Faktische Vertragsverhältnisse (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien - Leipziger Juristenfakultät), Leipzig, 1914

HEIMSHEIMER, Handelsrecht 2. Aufl., 1927

HÉMARD, Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait 2. Aufl., Paris, 1926

HERZOG, Quantitative Teilnichtigkeit, Göttinger Diss., 1926

HEVES, Die Kaufmannseigenschaft des offenen Handelsgesellschafters, Kieler Diss., 1912

HILL, Die Vertretungsmacht des offenen Handelsgesellschafters, Heidelberger Diss., 1911

HOENINGER, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen

HÖLDER, Natürliche und juristische Person, 1905

HOLDHEIM, in seiner Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen Bd. I

HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, Berlin, 1951

HUECK, Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft (in der Festschrift für Rudolf Hübner), Jena, 1935

HUECK, Gesellschaftsrecht, Berlin-München, 1959

HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1928 (zitiert: Hueck, Deutsch. Arbeitsrecht)

STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz Bd. I (Allgemeiner Teil, Erläutert von Riezler), München-Berlin-Leipzig, 1935

JACOBI, Die Theorie der Willenserklärungen (in Fichers Abhandlungen Bd. 20, 2. Heft, 1910)

JAEGER, Die oHG im Zivilprozess, Leipziger Festausgabe für Sohm, 1915

IHERING, Geist des römischen Rechts Bd. III, 1

JANSEN, Jakob Fugger der Reiche, 1910

KARAVAS, Handelsrecht Bd. II: Das Recht der Handelsgeschäfte, Heft 1: Handelsgesellschaften, Athen, 1952

KAUKAS, Kommentar des Schuldrechts, Athen, 1949

KEIM, Das sogenannte Publizitätsprinzip im deutschen Handelsrecht usw. (Beiträge zum Handelsrecht Heft 2), Leipzig, 1930

KISCH, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Jenaer Diss., 1910

KLEINEIDAM, Unmöglichkeit und Unvermögen, Jena, 1900, (in Fischers Abhandlungen Heft VII)

KLEPPE, Die Anfechtung des Beitritts zu Personal- und Kapitalgesellschaften des Handelsrechts (Heft 23 der "Kölner Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen"), Diss. Köln-Berlin, 1936

KNOKE, Das Recht der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht (in Fischers Abhandlungen Heft VII) 1901

KROKIDAS, Lehrbuch des Handelsrechts, Athen

KUNKEL, Römische Rechtsgeschichte, Köln, 1952

KUNZE, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, Festausgabe der Leipziger Juristischen Fakultät für O. Müller, Leipzig, 1892)

LABAND, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften (Gesellschaft und juristische Person) in ZHR Bd. 30 S. 469 ff. und Bd. 31 S. 1 ff.

LANGEN, Der Konflikt zwischen Gesellschaftern und Gläubigern bei betrügerischen Gründungen von Handelsgesellschaften (nach deutschem und französischem Recht), Frankfurter Diss., 1928

LARENZ, Abhandlungen in Iherings Jahrbüchern Bd. 83

LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts 2 Bde. München-Berlin, 4. Aufl. 1960

LATTES, Legistatione statutaria

LEHMANN, HEINRICH, Faktische Vertragsverhältnisse in NJW, 1958, S. 1 ff.

LEHMANN, HEINRICH, Gesellschaftsrecht 2. Aufl., Berlin-Frankfurt a. M., 1959

LEHMANN, KARL, Entgegnung auf Kohler (bezüglich der Rechtsnatur der oHG) in ZHR Bd. 74, S. 463 ff., Bd. 78, S. 306 ff. und in Lehmann-Ring Bd. I, S. 332 ff.

LEHMANN, KARL, Lehrbuch des Handelsrechts 3. Aufl., Berlin-Leipzig, 1921

LEHMANN-RING, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. I 2. Aufl., 1914, (zitiert: Lehmann-Ring)

LEIST, Zur Geschichte der römischen societas, Jena, 1881

LESSIN, Die Rechte der Gläubiger einer offenen Handelsgesellschaft, Greifswalder Diss., 1911

LIZEROPULOS, Die Rechtsprechung als Formationsmittel des Privatrechts, Thessaloniki, 1935

LOBEDANZ, Der Einfluss von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitragsgeschäfte, Berlin, 1938

LYON-CAEN ET RENAULT, Précis de droit commercial, Paris, Aufl 1833 - 35

LYON-CAEN ET RENAULT, (-Amiaud), Traité de droit commercial Bd. II, 1 und 2, 5. Aufl., Paris, 1926, 1929 (Ältere Auflage in griechisch. Übersetzung, Athen, 1901)

MAKOVER, Handelsgesetzbuch mit Kommentar Bd. I, 12. Aufl., Berlin, 1901

MANIGK, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907

MARIDAKIS, Die Klage (in Savignys Zeitschrift Bd. 49), 1929

MARIDAKIS, Harmenopulos und Taktis des Rechts (in Festschrift zum 600jährigen Jubiläum der Hexabiblos des Harmenopulos) Bd. 6, Thessaloniki, 1952

MAURER, Das griechische Volk, Heidelberg, 1835

MAUROGORDATOS, Handbuch der griechischen Handelsgesetzgebung, Athen, 1838

MAYER, Das sogen. Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, 1909 (in Grünhuts Zeitschrift Bd. 32)

MAYER, Vom Rechtschein des Todes. Ein Beitrag zur Dogmatik der Todeserklärung, Festausgabe der Breslauer Juristenfakultät für Siegfried Brie, 1912, S. 71 ff.

MENTZEL, Kommentar zur Konkursordnung 3. Aufl., 1928

MEYER, Handelsregistererklärung und Widerruf der Prokura (in ZHR Bd. 81, 1918, S. 365 ff.)

MITTEIS, Römisches Privatrecht, Bd. I, Leipzig, 1908 (zitiert: Privatrecht)

MITTEIS - SOHM - WENGER, Institutionen, Berlin, 1949

MÖHLER, Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages bei der offenen Handelsgesellschaft, Tübinger Diss., 1907

MONFERATOS, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Athen

MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich

MÜLLEREISERT, Vertragslehre, 1947

MÜLLER - ERZBACH, Deutsches Handelsrecht, Tübingen Bd. I, 2. Aufl., 1927, Bd. II, 1924

NAENDRUP, Rechtsscheinsforderungen Heft 1, Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der Rechtsscheinsforderung, 1910

NATTER, Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, Borna-Leipziger Diss., 1907

NITZSCHE, Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit dem Erben eines Gesellschafters und dessen Rechtsstellung im Falle des § 139 HGB

OERTMANN, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar Bd. I (Allgemeiner Teil 3. Aufl., Berlin, 1927)

OIKONOMIDIS - LIVADAS, Lehrbuch des griechischen Zivilprozessrechts, Athen

PALANDT, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 20. Aufl., München-Berlin, 1961

PARDESSUS, Cours de droit commercial, 1882

PARDESSUS, Traité des sociétés civiles et commerciales 2. Aufl., 1878

PAPPENHEIM, Altnordische Handelsgesellschaften (in Zeitschrift für Handelsrecht, 1889)

PERDIKAS, Handelsrecht Bd. II 2. Aufl., Athen, 1952

PERIPHANAKIS, Interpretation des Handelsrechts, Athen, 1956

PETIMEZAS, Handelsrecht, Athen, 1929

PETRIZI, Handelsgesellschaften, Athen, Bd. I, 1886, Bd. II 1892

PETROPULOS, Der griechische Beitrag zur Forschung des Rechts, Athen, 1945

PETROPULOS, Geschichte des griechischen Rechts bis 1821 (in der grossen griechischen Enzyklopädie Bd. 1934)

PETROPULOS, Geschichte und Eingebungen des griechisch-römischen Rechts, Athen, 1944

PIC, Collection Theller, Traité générale théorique et pratique de droit commercial - Des sociétés commerciales per Paul Pic, Paris, 1925

PONT, Commentaire - traité des sociétés civiles et commerciales 2. Aufl., Paris, 1880

POTHIER, Traité des sociétés civiles et commerciales 2. Aufl., 1878

RALLIS, Interpretation des Handelsrechts 2. Aufl., Athen, 1863

RENAUD, Das Recht der Aktiengesellschaften, Leipzig, 1875

RENAUD, Das Recht der Kommanditgesellschaften, Leipzig, 1881

RIEZLER, Venire contra factum proprium, 1912

RITTER, Kommentar zum HGB, mit Ausschluss des Seerechts 2. Aufl., München-Berlin, 1932

RIPERT, Aspects juridiques de capitalisme moderne, 1946

RIPERT, Traité élémentaire de droit commercial, Aufl. 1948, 1951 und 1954, Paris

ROCCO, Studi di diritto commerciale Bd. I, Milano, 1936

ROKAS, Konkursrecht 2. Aufl., Athen, 1958

ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts 7. Aufl., München-Berlin, 1956

RULAND, Das Innenverhältnis der nichtigen oHG, 1941

SALANDRA, La nullità della società secondo il nuovo codice in Riv. Dir. Comm., 1940, Bd. I, S. 13 ff.

SAKKETAS, Art. 388 AK (in Interpretation des AK) Bd. II 1 S. 509 ff., Athen, 1949

SAMES, Die Rechtsstellung des Erben eines Gesellschafters im Falle des § 139 HGB, Diss. 1903

SAN NICOLÒ, Ägyptisches Vereinswesen, München, 1915

SCHLEGELBERGER, Das Handelsgesetzbuch, Frankfurt a. M., 1955

SCHMIDT, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters, Breslau, 1883

SCHMOLLER, Die Handelsgesellschaften des Mittelalters und der Renaissancezeit (in Jahrb. für Gesetzgeb. XVII, 1893)

SCHNORR VON CAROLSFELD, Zur Geschichte der juristischen Person Bd. I (Universitas corpus, collegium im klassischen römischen Recht), München 1933

SCHMOLOS, Das Koalitions- und Korporationsrecht, Athen 1915

SEELER, Vollmacht und Scheinvollmacht in Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 28 S. 2 ff.

SIEBERT, Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe, 1958

SIMITIS, Die faktischen Vertragsverhältnisse, Frankfurt a. M., 1957

SIMON, Die Ehefrau als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft, Borna-Leipziger Diss., 1911

STAUB, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Aufl. 12 - 13, 1926

STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz Bd. I, 1935, Bd. II 3. Teil §§ 631 - 853, erl. von Kober, Engelmann, Geiler, München-Berlin-Leipzig

STEINBACH, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation, Wien, 1897

STEINER, Die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft in der deutschen Wirtschaft, Tübingen, 1950

STERN, Möglichkeit der Bildung einer offenen Handelsgesellschaft durch andere Handelsgesellschaften, Münchener Diss., 1915

SOHM, Institutionen des römischen Rechts, 4. Aufl., Leipzig, 1891

SOHM, Der Gegenstand in den drei Beiträgen für Degenkolb

SPÄING, Französisches und Englisches Handelsrecht usw., Berlin, 1888, (zum Art. 39)

SURLAS, Schuldverhältnisse aus Verträgen, Einführungsbetrachtungen zu Art. 361 - 373 AK (in Interpretation des AK Bd. II, 1, S. 339 ff., Athen, 1949)

TERKAMP, Der Rechtsgrund für die Haftung der Gesellschafter von offenen Handels- und Kommanditgesellschaften für die im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten bei Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrages, Greifswalder Diss., 1920

THALLER - PERCERON, Traité élémentaire de droit commercial, Paris, 1925

TOUBEAU, Droit consolaire Bd. II

TRIANTAPHYLLOPULOS, Das griechische Privatrecht seit dem 18. Jahrhundert (Sonderdruck des 3. Bd. der Zeitschrift "Wissenschaften" des altgriechischen Albums des nationalen Jahrhunderts) Athen

TROPLONG, Du contrat de société civile et commerciale, Paris, 1843

v. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig, 1910

VAVASEUR, Traité des sociétés civiles et commerciales, Paris, 2. Aufl., 1878 und 6. Aufl. 1910

VIDARI, Corso di diritto commerciale Bd. II, 1878

VITALE, Contro la personalita quiridica della società personali in Riv. Dir. Comm., 1951 I

VIVANTE, Trattato di diritto commerciale Bd. II (Le société commerciali) 5. Aufl., Milano, 1923

WEGENER, Die Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft, Rostocker Diss., 1928

WEISS, Institutionen 2. Aufl., Stuttgart, 1948

WEISS, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, Stuttgart, 1889

WEIPERT, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. II, Berlin, 1942

WIEACKER, Societas, Weimar, 1916

WIELAND, Die Rechte des Gesellschafters gegenüber der Handelsgesellschaft, welche ihn durch Betrug zum Beitritt veranlasst hat, in Konkurrenz mit den Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger (in ZHR Bd. 64, S. 59 ff.)

WIELAND, Handelsrecht, München-Leipzig, 1921

WIENER, Die Errichtung der Aktiengesellschaft und die Gründerverantwortlichkeit in ZHR Bd. 24 und 25

WILAMOWITZ - MOELLENDORF - NIESE, Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer, Berlin, 1910

WÜRDINGER, Gesellschaften, Erster Teil, Recht der Personalgesellschaften, Hamburg, 1937

ZACHARIÄ - CROME, Handbuch des französischen Civilrechts, 6. Aufl., Freiburg, 1894

ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, "Anecdota", Leipzig, 1843

ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Geschichte des griechisch-römischen Rechts 3. Aufl., Berlin, 1892

ZEPOS, Schuldrecht Bd. II, Athen, 1949

ZIRINDANIS, Elemente zum Handelsrecht (Handelsgesellschaften) Bd. II, Athen, 1953

ZIRINDANIS, Elemente zum Handelsrecht (Handelsgeschäfte und Kaufleute) Bd. I, Athen, 1945

LEBENSLAUF

Am 6. April 1923 wurde ich, Demetrios Jiamburas, als Sohn des Landwirts Emmanuel Jiamburas und seiner Ehefrau Friede, in Potamia - Naxus - Kyklade (Griechenland) geboren.

Nach dem Abschluss der Volksschule im Jahre 1935 besuchte ich bis zur Ablegung des Abiturs das humanistische Gymnasium in Athen.

Nach Kriegsende begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Athen. Die Ableistung des Wehrdienstes zwang mich, die Studien 1949 zu unterbrechen. Nach meiner Entlassung im Jahre 1951 konnte ich mein Studium fortsetzen, das ich 1955 mit der Diplomprüfung abschloss.

Nach einer dreijährigen Ausbildungszeit als Referendar mit abschliessendem Referendarexamen wurde ich am 26. März 1958 als Rechtsanwalt in Athen zugelassen.

Seit Oktober 1958 bin ich als Student der Rechte an der Universität München eingeschrieben.

München, im Dezember 1962